

RICARDO LACAZ MARTINS

TRIBUTAÇÃO DA RENDA IMOBILIÁRIA

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DR. ALCIDES JORGE COSTA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

RICARDO LACAZ MARTINS

TRIBUTAÇÃO DA RENDA IMOBILIÁRIA

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Alcides Jorge Costa

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2009

Agradecimentos

Este trabalho não seria possível sem a inestimável contribuição do amigo e sócio, Prof. Luís Eduardo Schoueri, de quem sempre obtive uma palavra de incentivo e apoio nas discussões surgidas no curso deste estudo. Da mesma forma, a confiança e orientação do Prof. Alcides Jorge Costa foram vitais na condução deste trabalho. Agradeço a ambos pelo privilégio do convívio e debates em tão elevado nível.

No aprendizado da realidade do setor imobiliário, o SECOVI, sindicato que representa as empresas que atuam no referido setor, abriu as portas e me ofereceu todas as oportunidades necessárias ao conhecimento e pesquisa utilizados neste estudo. Agradeço aos presidentes, diretores, funcionários, colegas de sindicato e empresas associadas com quem trabalhei e convivi nesses últimos anos.

Aos meus colegas de escritório que, de forma direta ou indireta, permitiram o encontro de tempo e tranquilidade necessários para o desenvolvimento deste trabalho. Meu especial agradecimento a Eduardo Madeira e à Berenice que auxiliaram na revisão desse texto.

Aos meus pais, José Eduardo e Ana Helena, por sempre se dedicarem à família, à educação e à felicidade de seus filhos.

À Patrícia, Rafaela, Carolina e Henrique que entenderam a importância pessoal do desafio da conclusão deste trabalho, privados com frequência do convívio com o marido e pai, meu carinho e amor.

Dedicatória

À memória do Prof. Carlos da Silva Lacaz, exemplo de professor, cidadão e avô, que sempre sirva de inspiração aos seus netos e bisnetos.

À Patrícia com todo meu amor.

À Rafaela, Carolina e Henrique que, próximos do início de suas vidas profissionais, escolham os caminhos do trabalho e da perseverança, cientes que somente estes levam à realização pessoal.

Resumo

O presente trabalho parte da análise das normas que regem a tributação da renda no mercado imobiliário com a finalidade de possibilitar a identificação de um sistema jurídico dotado de princípios e valores próprios, que possibilite o estudo de suas normas de maneira destacada em relação às demais disposições que versam sobre a imposição da renda.

Não se tem por pretensão a busca de uma autonomia das mencionadas normas; pelo contrário, o estudo parte da premissa de um único sistema jurídico, mas que pode ser estudado sob diferentes pontos de vista: um sistema que comporta subsistemas normativos, com valores e princípios próprios.

Objetiva-se, assim, a identificação e posterior aproximação daquelas disposições que possuem fundamentos e princípios comuns, o que possibilitará a compreensão da extensão das previsões normativas a serem analisadas, bem como as opções efetuadas pelo legislador na produção legislativa.

Antes de se efetuar o estudo das normas que versam sobre a tributação da renda imobiliária serão discutidos e apresentados os conceitos gerais necessários às análises que se seguirão. A limitação do legislador na produção legislativa é aspecto central no presente estudo. Entende-se que o sistema jurídico justo demanda uma coerência alcançada somente quando verificada a adequação valorativa das normas que o compõem e apresente unidade, por meio da observância de princípios e valores comuns, por essas mesmas normas.

As normas que prevêm as imposições fiscais incidentes sobre renda no mercado imobiliário se prestarão de pano de fundo para a identificação de princípios que regem a tributação do imposto de renda nas diversas situações apresentadas.

Serão, assim, objeto de análise a tributação do imposto de renda das pessoas jurídicas, tributadas pelo lucro real e pelo lucro presumido; a tributação especial das pessoas jurídicas sujeitas ao patrimônio de afetação; os rendimentos auferidos pelas pessoas físicas decorrente das atividades ligadas ao mercado imobiliário, tais como o ganho de capital na venda de imóveis e a tributação dos fundos de investimento imobiliários.

Ao final da análise da legislação que versa sobre a tributação do imposto de renda nas situações acima mencionadas serão apresentados os princípios e valores escolhidos pelo legislador para a imposição da renda imobiliária.

Palavras chaves: tributação – imobiliário – sistemas jurídicos – imposto de renda pessoa jurídica – lucro real – lucro presumido – imposto de renda pessoa física — fundos de investimento imobiliário – securitização de recebíveis

Abstrat

The present arises from the analysis of principles which rule the taxation on the real estate market aiming the possibility of identifying a legal system endowed with principles and self-values and also providing an outstanding study of its rules with relation to the other provisions which deal with the income taxation.

There is no intention of the search of independence from the aforementioned provisions, on the contrary, the study arises from the assumption of a unique legal system, which otherwise may be studied under different points of view, a system which involves normative sub-systems with their own values and principles.

It aims, therefore, the identification and later approach to those provisions which own principles and grounds in common, providing that way, the understanding of the extension of the normative foresight to be analyzed, as well as, the legislator's alternatives when making laws.

Before the study of the principles which deal with the real estate income taxation, the general concepts needed to the analysis shall be presented and discussed. The legislator limitation to the law making shall be the central aspect of the present study. It is understood that a fair legal system demands coherence, which is just achieved when the appropriate principle values which integrate it are consolidated by the observance of the common principles and values of such principles.

The rules, which provide the tax enforcement collected on the real estate income, shall be the grounds for the identification of the principles which rule the taxation on the income tax of the different situations herein presented.

The corporation income tax, collected on presumed and gross profits, special corporation taxation liable to the "patrimônio de afetação", the earnings obtained by the individual persons regarding real estate businesses such as capital gain in property sales and the taxation on real estate funds of investments will, therefore, be the object of the analysis.

After the analysis of the legislation which deals with the taxation on the income tax of the aforementioned situations, the principles and values enforced on real state earnings chosen by the legislator shall be presented.

Key words: taxation – real estate – legal system – corporate income tax – actual taxable income – presumed taxable income – personal income tax – funds of investmentes – securitization of receivables

SUMÁRIO

PARTE GERAL	13
CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	14
1.1. Relevância do tema proposto	14
1.2. Considerações propedêuticas: objetivos do trabalho, desenvolvimento e limitações	16
1.2.1. Objetivos do trabalho	16
1.2.2. Desenvolvimento do trabalho e limitações	17
CAPÍTULO II – SISTEMAS JURÍDICOS – CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICAÇÃO	20
2.1. Os valores normativos e sua vinculação na interpretação e na produção legislativa	20
2.2. Relevância do estudo do conceito de sistemas jurídicos e a sua definição	22
2.3. Pluralidade de sistemas jurídicos – subsistemas e microsistemas	27
2.4. Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância	32
2.5. Interpretação pragmática da norma	36
2.6. Norma tributária indutora: relevância da sua análise	37
2.6.1. Breve conceituação das normas tributárias indutoras	38
2.7. Síntese do segundo capítulo	41
CAPÍTULO III – TRIBUTAÇÃO DA RENDA	44
3.1. A renda como grandeza adequada à tributação – conceito	44
3.1.1. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda	44
3.1.2. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – a capacidade de pagamento	47
3.1.3. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda – a equidade	48
3.1.4. O conceito fundamental de renda	50
3.1.4.1. Renda psicológica – gastos com bens e serviços	51
3.1.4.2. Acréscimo monetário de riqueza	53
3.1.4.3. Renda imputada	54
3.1.5. Síntese do conceito teórico de renda	55
3.1.6. A influência dos princípios tributários no conceito de renda	56
3.1.7. Teoria do produto de uma fonte permanente	58
3.1.8. Teoria do acréscimo patrimonial	60
3.1.9. Teoria legalista	62
3.2. O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional	64
3.2.1. A renda na legislação nacional	64
3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica de renda	71
3.2.3. Princípios gerais, princípios aplicáveis ao direito tributário e critérios informadores do sistema	73
3.3. Síntese do terceiro capítulo	80
CAPÍTULO IV - O IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS JURÍDICAS – LUCRO REAL E LUCRO PRESUMIDO E O GANHO DE CAPITAL DAS PESSOAS FÍSICAS	82

4.1. A base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas – o lucro líquido do exercício como ponto de partida para o lucro real.....	82
4.1.1. Breve histórico da evolução da relação ente lucro contábil e lucro fiscal.....	83
4.1.2. A expressão do Lucro Real – o mito do lucro real.....	84
4.1.3. Regime contábil e sua relação com o regime tributário.....	86
4.1.3.1. As divergências entre os preceitos da legislação comercial, os princípios contábeis e o fato gerador do imposto de renda.....	88
4.2. A Lei nº 11.683/07 – formas de apuração do lucro real e conseqüências de natureza fiscal.....	93
4.2.1. A necessidade de harmonização contábil e os objetivos da Lei nº 11.638/07...	93
4.2.2. Os novos métodos previstos para a apuração do lucro real.....	95
4.2.2.1. A neutralidade fiscal dos ajustes contábeis.....	101
4.2.2.2. O Regime Tributário de Transição.....	105
4.3. Regime geral de escrituração das pessoas jurídicas – regime de competência.....	107
4.3.1. Realização do lucro conforme as normas contábeis e o momento da tributação da renda nas pessoas jurídicas – princípio da realização da renda.....	110
4.4. Tributação presumida da pessoa jurídica.....	111
4.4.1. Conceito e forma de apuração e regime de reconhecimento da receita.....	111
4.5. Tributação do imposto de renda das pessoas físicas – ganho de capital.....	115
4.5.1. O ganho de capital como renda.....	115
4.5.2. Apuração do ganho de capital – questões controversas.....	117
4.5.2.1. Base de cálculo – efeitos inflacionários e abatimentos.....	117
4.5.2.2. Momento da apuração e situações que se considera realização do bem...	119
4.6. Síntese do quarto capítulo.....	121
PARTE ESPECIAL.....	127
CAPÍTULO V - AS ATIVIDADES, OS AGENTES E OS INSTRUMENTOS DO MERCADO IMOBILIÁRIO.....	128
5.1. Conceito de bem imóvel.....	130
5.2. A incorporação.....	132
5.3. Venda de imóveis próprios.....	134
5.4. Loteamento.....	134
5.5. Atividade de intermediação imobiliária.....	136
5.6. Locação de imóveis próprios e as operações de built to suit.....	136
5.7. Fundos de Investimentos Imobiliários.....	138
5.8. Patrimônio de afetação.....	140
5.9. Instrumentos financeiros imobiliários – securitização de recebíveis.....	142
CAPÍTULO VI – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO REAL.....	145
6.1. A apuração e o reconhecimento do lucro nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica.....	146
6.1.1. O lucro na atividade de venda de imóvel e de incorporação.....	146
6.1.2. A apuração do lucro e o momento do seu reconhecimento – diferentes hipóteses.....	147
6.1.2.1. Venda à vista de imóvel pronto.....	147
6.1.2.2. Venda à vista de unidade em construção.....	150
6.1.2.3. Custo orçado.....	153
6.1.2.4. Venda de unidades a prazo.....	157
6.1.2.5. O regime de reconhecimento de receitas previsto para as companhias abertas.....	162
6.1.2.6. Correção monetária e juros.....	164

6.1.2.7. Condição suspensiva.....	166
6.2. A atividade de loteamento	170
6.3. A tributação das operações de securitização de recebíveis.....	172
6.3.1. As questões relativas à tributação das operações de securitização de recebíveis	172
6.3.2. A tributação das operações de recebíveis	173
6.4. Identificação das características e particularidades da tributação da renda das incorporações imobiliárias e loteamento na pessoa jurídica – lucro real e princípios destacados	175
CAPÍTULO VII – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO PRESUMIDO.....	180
7.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – indução à sua opção.....	180
7.1.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – princípios e compatibilidade	182
7.1.2. Receitas financeiras das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento – reconhecimento das especificidades do setor – princípios presentes...	184
7.2. A tributação presumida nas atividades de locação de imóveis próprios.....	189
7.3. Identificação das características e particularidades da tributação presumida nas atividades imobiliárias e princípios destacados	192
CAPÍTULO VIII - PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O NOVO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO	196
8.1. A afetação do patrimônio e um breve histórico do regime especial de tributação .	196
8.2. A questão da legalidade da segregação frente ao CTN	199
8.3. Análise do RET.....	201
8.3.1. A questão do regime opcional	201
8.3.2. Natureza jurídica do RET	203
8.3.3. Efeitos econômicos e comparação com os demais regimes tributários	205
8.4. Identificação das características e particularidades do regime especial de tributação e princípios destacados	207
CAPÍTULO IX - A TRIBUTAÇÃO DA ATIVIDADE IMOBILIÁRIA NAS PESSOAS FÍSICAS.....	212
9.1. A tributação do ganho de capital na venda de imóveis.....	212
9.1.1. Natureza da tributação do ganho de capital	213
9.1.2. Momento da tributação e base de cálculo.....	215
9.1.2.1. Momento do fato gerador e momento do pagamento do imposto	215
9.1.2.2. Hipóteses equiparadas à alienação para efeito da apuração do ganho de capital.....	217
9.1.2.3. Base de cálculo do ganho de capital – abatimentos.....	219
9.1.3. Hipóteses de tratamento especial do lucro imobiliário.....	221
9.1.3.1. Breve histórico	221
9.1.3.2. Venda de um único imóvel	222
9.1.3.3. Redução do ganho de capital de 5% ao ano.....	224
9.1.3.4. Isenção do ganho de capital vinculado ao reinvestimento em imóveis residenciais.....	226
9.1.3.5. Fator de redução.....	231
9.2. A equiparação das pessoas físicas às pessoas jurídicas	232
9.2.1. Breve histórico	232
9.2.2. A equiparação hoje e sua natureza.....	234
9.3. Receita de locação de imóveis auferida pela pessoa física	236

9.3.1. A tributação do aluguel na pessoa física – sistemática.....	237
9.3.2. A tributação das receitas do <i>pool hoteleiro</i>	238
9.4. A tributação do rendimento dos títulos de securitização de recebíveis	240
9.5. Identificação das características e particularidades da tributação do ganho de capital das pessoas físicas, das receitas decorrentes da atividade imobiliária e princípios destacados	242
CAPÍTULO X - FUNDOS DE INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS - FII	249
10.1. Evolução da tributação do FII.....	249
10.2. A tributação vigente nos FII	252
10.2.1. A equiparação à pessoa jurídica – Lei nº 7.779/99.....	252
10.2.2. A tributação na fonte dos rendimentos dos Fundos.....	255
10.2.3. A isenção das pessoas físicas em investimentos em quotas de FIIs	258
10.3. Identificação das características e particularidades da tributação dos FIIs e princípios destacados	259
CAPÍTULO XI – O SISTEMA TRIBUTÁRIO DA RENDA IMOBILIÁRIA	262
11.1. Identificação do sistema tributário da renda imobiliária	262
11.2. Apresentação dos princípios e critérios que compõem o sistema tributário da renda imobiliária.....	264
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	271

PARTE GERAL

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1.1. Relevância do tema proposto

O setor imobiliário vem ganhando cada vez maior importância na economia nacional, representando atualmente 13,8% do Produto Interno Bruto – PIB,¹ conta ainda com o maior número de empresas de único setor no mercado de capitais.² Essa situação passou a despertar a atenção das autoridades governamentais, em especial os Poderes Executivo e Legislativo, quanto à sua relevância para o desenvolvimento econômico e social do País. Alguns fatores podem ser brevemente citados que contribuem para a referida situação.

Trata-se de um segmento da economia que tem como um dos seus principais produtos a construção de habitações residenciais possibilitando à população alcançar o almejado *sonho da casa própria*. A relevância à moradia não passou despercebida pelo legislador constituinte que, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, outorgou a ela status de direito social do cidadão, ao lado da educação, saúde, segurança, dentre outros.

Outro aspecto que lhe atribui destaque na área social é seu potencial gerador de empregos, em especial para os trabalhadores de menor qualificação técnica, sobretudo aqueles residentes nos grandes centros urbanos. Em 2006 foram empregados pela construção civil

¹ Esta participação é referente ao macrosetor da construção civil que inclui tanto as atividades imobiliárias como a construção pesada e materiais de construção. Conforme FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Proposta de Política Industrial para a Construção Civil*: Edificações: Caderno 1. São Paulo, 2008. 168 p.

² São atualmente 27 empresas abertas relacionadas com o mercado imobiliário divididas em dois grupos: construção civil e intermediação imobiliária. Conforme BM&FBOVESPA. *Classificação setorial das empresas e fundos negociados na Bovespa*. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/ClassifSetorial.zip>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

1,5 milhão de pessoas no País.³ Da mesma forma do que ocorre com a moradia, a busca do pleno emprego foi objeto de norma constitucional, passando a constituir um dos princípios gerais da atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso VIII da Constituição Federal.

Vale ainda destacar que os produtos desenvolvidos pelo mercado imobiliário, como os já referidos imóveis para habitação residencial, ao lado de imóveis de destinação comercial, industrial, *shopping center* e loteamentos são bens cuja produção e venda independem das economias estrangeiras. A matéria-prima empregada, as empresas e os clientes finais estão todos situados no Brasil o que lhes atribui uma maior independência em relação à economia mundial.

Essas razões, por si só, justificariam, como de fato justificam em parte, uma regulamentação legislativa especial; no entanto, há ainda outro aspecto que merece ser desde logo destacado. A atipicidade do ciclo de produção da indústria imobiliária é visível se comparada com os demais setores da economia. O processo de planejamento do produto a ser ofertado, passando pela sua viabilização financeira, produção e venda emanda de 3 a 5 anos até sua conclusão final. Mesmo após a entrega da obra, remanescem relações econômicas e jurídicas entre a empresa vendedora e o cliente do produto vendido. Há créditos a serem recebidos e obrigações de manutenção do produto vendido.⁴

Verifica-se, assim, uma verdadeira profusão de leis especiais que visam regulamentar o setor imobiliário: cite-se como exemplos a Lei nº 4.591/64, que versa sobre as incorporações imobiliárias; a Lei nº 6.766/79, que regula os loteamentos urbanos, a Lei nº 10.931/04 que institui o patrimônio de afetação, dentre tantas outras que serão objeto de referência no curso do presente estudo.

Da mesma forma que ocorre com as mencionadas normas, a legislação tributária também destinou especial atenção ao setor imobiliário, seja para adequar as normas tributárias às especificidades apresentadas pelas atividades econômicas desenvolvidas, seja para atender

³ A média de remuneração por trabalhador no setor em 2006 foi de 2,5 salários mínimos o que demonstra o potencial gerador de empregos na camada da população de menor qualificação profissional. Ressalte-se que os números apresentados referem-se à construção civil como um todo e não somente ao mercado imobiliário. Conforme INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa anual da construção civil*. v. 16, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/paic/2006/paic2006.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2008.

⁴ Conforme dispõe o art. 618 do Código Civil.

aos objetivos da Ordem Econômica e Social previstos na Constituição Federal, seja ainda para induzir comportamentos nos contribuintes a fim de atingir objetivos de política fiscal e econômica. São estas normas que servirão de substrato para o desenvolvimento desse estudo.

1.2. Considerações propedêuticas: objetivos do trabalho, desenvolvimento e limitações

1.2.1. Objetivos do trabalho

O estudo da tributação do mercado imobiliário, em especial a tributação da sua renda, reveste-se de especial importância nos dias atuais, pelas já destacadas especificidades que o setor apresenta, pela sua importância na economia nacional e, ainda, pela necessidade de compreensão dos princípios, características e lógica que fundamentam a tributação incidente nas operações imobiliárias.

A escolha da tributação do mercado imobiliário, com especial ênfase para a imposição da sua renda, deve-se à atipicidade das atividades econômicas desenvolvidas no setor imobiliário e ao caráter especial das disposições legais que versam sobre a tributação do imposto de renda, principal imposição incidente sobre a referida manifestação econômica.

As diversas hipóteses de incidência do imposto de renda previstas na legislação tributária trazem normas especiais que vão desde a imposição da renda das pessoas jurídicas, sujeitas ao lucro real ou presumido, como das pessoas físicas que exerçam atividade habitual imobiliária ou aquelas que simplesmente auferirem renda decorrente da alienação de imóvel próprio. Verificam-se, ainda, disposições da tributação da renda gerada no setor imobiliário que incidem em situações especiais como as empresas que possuem patrimônio de afetação ou os fundos de investimento imobiliário.

Essa realidade legislativa apresenta-se como campo ideal para a verificação e validação da tese que se espera ao final comprovar: a existência de um sistema tributário, dotado de certa autonomia, composto por princípios, características e lógica próprios que fundamentam a tributação incidente nas operações imobiliárias.

Toma-se por empréstimo, com as devidas ressalvas tanto quanto à complexidade da matéria que o autor trata como quanto aos limites impostos às comparações de questões distintas, a teoria dos campos sociais desenvolvida por Pierre Bourdieu que, a partir do estudo de determinados setores da sociedade (universitário, jornalístico, literário) conclui pela existência de campos sociais dotados de certa autonomia e regras próprias de organização que, mesmo distintos, continuam fazendo parte da sociedade como um todo. A ocupação desses espaços sociais seria definida pela proximidade dos capitais, culturais e econômicos, dos indivíduos que compõem a sociedade.⁵ Da mesma forma, a análise das normas da tributação da renda do setor imobiliário, pela sua proximidade, podem configurar um sistema jurídico com organização própria e dotado de certa autonomia, que, mesmo distinto, continua a fazer parte do ordenamento jurídico.

Objetivar-se-á, assim, no curso deste estudo, a análise das normas que regem a tributação da renda decorrente da atividade imobiliária a fim de identificar a existência de uma unidade de sentidos em suas disposições e uma ordenação interna de suas regras em torno de princípios que possam, conjuntamente, caracterizar um sistema jurídico, composto pelas referidas normas, dotado de autonomia, lógica e princípios próprios que atendam, em última instância, aos preceitos mais elevados de *justiça* e à *idéia de direito*.

1.2.2. Desenvolvimento do trabalho e limitações

Para a consecução do fim acima proposto, o estudo inicia-se com uma breve discussão relativa à influência da escolha de valores na interpretação e na produção legislativa, em seguida serão analisadas as teorias que tratam dos sistemas jurídicos e, em conseqüência

⁵ BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. Trad. Sérgio Micele, Silvia de Almeida Prado, Sônia Nicele Wilson Campos. São Paulo: Perspectiva, 1987.

desse estudo, as teorias que tratam dos princípios e regras jurídicas. Posteriormente, em decorrência das conclusões apresentadas, o estudo tratará da interpretação das normas jurídicas e o caráter extrafiscal das normas tributárias, com a finalidade de destacar as principais características que possam vir a ser úteis na identificação da lógica e dos princípios próprios da tributação do rendimento imobiliário.

Considerando a limitação imposta neste estudo quanto à análise da tributação da renda imobiliária e não a todas as demais manifestações econômicas que poderiam estar sujeitas à imposição fiscal (receita, propriedade imobiliária, transferência de propriedade, prestação de serviços, dentre outras), analisar-se-ão as principais características do imposto incidente sobre o referido rendimento – o Imposto de Renda – identificando seus princípios e características a fim de verificar sua observância e sua consonância com as normas que regem a tributação da renda decorrente da atividade imobiliária.

No curso do presente estudo, com frequência serão efetuados comentários relativos à contribuição social sobre o lucro, tendo em vista ter base de cálculo similar à do imposto sobre a renda. Da mesma forma, as contribuições sociais do PIS e da COFINS serão referidas quando forem relevantes para a análise das normas que prevêm a tributação do imposto de renda. As referidas contribuições não serão, no entanto, objeto de análise mais profunda, e servirão somente de auxílio na compreensão dos efeitos econômicos da tributação da atividade imobiliária.

Superada esta primeira fase, buscar-se-á identificar os agentes e negócios que caracterizam o mercado imobiliário, com vistas a permitir a identificação das normas que tratam da tributação da sua renda e que serão objeto de análise nos capítulos posteriores.

Os capítulos seguintes serão dedicados à análise das referidas normas, considerando-se como critério classificatório tanto as atividades desenvolvidas no setor imobiliário, como os agentes econômicos envolvidos e os instrumentos utilizados para a execução dos negócios imobiliários. Ao final dos capítulos procurar-se-á distinguir as regras de eventuais princípios, o que, espera-se, possibilitará a construção dos alicerces para a identificação de um sistema da tributação do rendimento imobiliário.

Nesse sentido, serão analisadas as normas que regem a tributação da renda imobiliária das pessoas jurídicas destinando um capítulo para a imposição calculada pelo lucro real e outro para o lucro presumido. Em seguida será analisada a tributação especial do patrimônio de afetação, que se espera traga importantes substratos para a análise e montagem de um sistema tributário do setor imobiliário. A imposição das atividades imobiliárias das pessoas físicas será objeto em seguida de estudo e, por fim, serão analisadas as normas que dispõem sobre a tributação dos fundos de investimento imobiliário.

Ao final de cada capítulo da parte especial será proposto um quadro que sintetizará os princípios e critérios informadores encontrados nas normas analisadas, com vistas a auxiliar na construção do sistema tributário imobiliário. Toma-se por empréstimo a figura de um mosaico, onde cada peça individualmente nada representa, mas à medida que vão se colocando lado a lado inicia-se a formação de uma figura, para só então, quando todos os pares estiverem finalmente posicionados, ser possível a compreensão da beleza e completude da obra apresentada. O mesmo ocorre com as normas analisadas, que somente farão sentido quando vistas conjuntamente, na totalidade do que se pretende alcançar: a formação de um sistema tributário do setor imobiliário.

O último capítulo será dedicado à síntese das conclusões obtidas no curso do estudo que ora se propõe, bem como apresentar a união das peças que compõem o referido mosaico normativo a fim de verificar a configuração de sua imagem que se almeja resultar em um sistema da tributação da renda da atividade imobiliária.

CAPÍTULO II – SISTEMAS JURÍDICOS – CARACTERÍSTICAS E IDENTIFICAÇÃO

2.1. Os valores normativos e sua vinculação na interpretação e na produção legislativa

A busca pelos princípios e fundamentos que regem a tributação da renda, em especial da renda decorrente da atividade imobiliária, tem por finalidade auxiliar o intérprete na identificação e extração dos valores que regem aquela tributação, facilitando a compreensão da sua lógica normativa.

Tal estudo objetiva criar mecanismos para auxiliar a análise crítica da legislação e sua adequação aos princípios que regem a tributação da renda imobiliária, visando verificar tanto a sua legalidade no ordenamento jurídico, como contribuir para a construção de um sistema que possibilite aos operadores do Direito buscar soluções de interpretação que melhor atendam às normas estruturais que fundamentam o sistema jurídico a ser estudado, solucionando contradições com outros valores já legislados e evitando contradições com novos valores que poderão vir a ser utilizados pelo legislador para fundamentar futuras disposições legais que integram o sistema.

Essa assertiva encontra suporte na lição de Karl Larenz para quem as valorações escolhidas pelo legislador permitem não só extrair elementos imprescindíveis para a interpretação da lei como também para a solução de casos não diretamente regulados.⁶

O legislador, ao escolher valores e propor princípios que fundamentam e dão coerência para as normas do sistema, acaba por limitar, ele próprio, seu campo de produção

⁶ Conforme LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 164-184.

legislativa justamente na mesma medida em que os princípios direcionam a aplicação das normas vigentes. O legislador não é mais tão soberano a ponto de anular a coerência que resulta dos valores que fundamentam o sistema.⁷

A coerência exigida na observação dos valores escolhidos pelo sistema, como relata Klaus Tipke, é uma demanda do princípio da igualdade. Este “exige que os princípios estabelecidos sejam aplicados *coerentemente*, isto é, que os valores sejam racionalmente atendidos. Esse é um princípio formal de justiça. Se um princípio não é aplicado coerentemente, fica afetada a sua logicidade. Ocorre então uma *ruptura do sistema* e indiciariamente uma violação do princípio da igualdade.”⁸

Por sua vez, a coerência acima referida é também reclamada pela jurisprudência dos valores. Esta prega a legitimação do direito por meio de valores. Assim, o legislador, frente às opções de soluções para a regulamentação da situação concreta, deve levar em conta os valores emanados das próprias regras que compõem o ordenamento.⁹

Há, assim, o reconhecimento da existência, no ordenamento, de valores ou critérios de valores supralegais ou suprapositivos que auxiliam o intérprete na aplicação e interpretação das normas jurídicas. Estes valores são extraídos do Direito Legislado, não se trata de valores comumente reconhecidos, mas de princípios que se encontram já pressupostos no Direito e que se desenvolvem de modo espontâneo, independentemente da vontade do legislador.¹⁰ Esse também parece ser o pensamento de Eros Roberto Grau para quem o Estado positiva o direito (direito posto) que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil, justamente esta relação jurídica que o autor denomina de direito pressuposto.¹¹

Deve-se destacar, ainda, que as normas perseguem sempre determinados fins “não apenas os do legislador do momento, mas também ‘fins objetivos da ordem jurídica’ os quais são

⁷ Conforme TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 520.

⁸ Id., loc. cit.

⁹ Conforme LARENZ, Karl, op. cit., p. 163-165.

¹⁰ Conforme Id. Ibid., p. 180.

¹¹ GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 147.

reclamados tão-somente pela racionalidade intrínseca da ordem jurídica.”¹² A exigida coerência pode ser assim alcançada na construção do sistema jurídico. Passa o legislador a atuar não somente como um propositor de normas que visam atingir objetivos pontuais e momentâneos, mas transforma-se em um legislador racional que busca a coerência e racionalidade do sistema.

Esse legislador racional, dentre outras propriedades que o caracterizam, é *consciente*, *finalista* e *coerente*, ou seja, conhece todas as normas que emanam do ordenamento, sempre tem uma intenção e não se contradiz na produção legislativa. Estas características auxiliam-no na construção de normas que compõem um todo harmônico.¹³

Daí a relevância que este estudo atribui à busca dos valores e princípios que se encontram refletidos de forma expressa ou implícita nas normas que versam sobre a tributação da atividade imobiliária, o que somente pode ser alcançado com a construção de um sistema jurídico primado justamente por estes valores e fundamentos.

2.2. Relevância do estudo do conceito de sistemas jurídicos e a sua definição

A interpretação das normas jurídicas não seria completa se não se conhecesse o sistema na qual elas se integram. As normas relacionam-se entre si formal e substantivamente, sendo que cada norma é parte deste todo integrado denominado de sistema normativo. Nas palavras de Eros Roberto Grau: “Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”¹⁴ Seu significado somente pode ser completamente compreendido à luz do sistema ao qual ele pertence.

¹² Conforme LARENZ, Karl, op. cit., p. 181.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 254-255.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. op. cit., item 18.

Para Norberto Bobbio, a existência de um sistema normativo demanda a compreensão exata do significado do termo *sistema*.¹⁵ Para o autor são três os significados para o referido termo: o sistema dedutivo seria aquele em que todas as normas jurídicas derivariam de alguns princípios gerais, princípios esses emanados do direito natural; o sistema empírico ou indutivo é entendido como a reunião de dados semelhantes fornecidos pela experiência para formar conceitos gerais que permitem unificar o material dado (normas jurídicas); por fim, o que Norberto Bobbio denomina de sistema jurídico propriamente dito é definido a partir do conceito de sistema dedutivo que, no caso de incompatibilidade entre duas normas apresentaria com solução o afastamento de uma delas considerada incompatível, ou mesmo das duas, sem, no entanto, levar à ruína todo o sistema.¹⁶

Assim, para Norberto Bobbio, o sistema jurídico é composto por regras e princípios, onde os conflitos entre as regras seriam solucionados dentro do próprio sistema pela aplicação das normas (princípios e regras) que o compõem, sem colocar em risco a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Ricardo Lobo Torres, em seu livro “Sistemas Constitucionais Tributários”, não propõe uma definição própria de sistemas jurídicos; parte da constatação da sua existência para criticar os entendimentos que identificam o sistema com a própria totalidade, ou seja, a existência de um sistema jurídico único, total e fechado. Defende “a idéia de que um sistema jurídico único é inaceitável, porquanto se confundiria com todo o fenômeno do Direito, em suas dimensões espaciais e temporais, objetivas e ideais e com a própria vida humana, que se desenrola *sub specie juris*. Inexiste, portanto, um direito único e total, da mesma forma que não pode existir uma história total ou, para recorrer a uma imagem poética, um museu de tudo.”¹⁷

A discussão envolvendo a pluralidade de sistemas jurídicos não se confunde com aquela referente à existência ou não de lacunas nos sistemas jurídicos. Debate-se se os sistemas jurídicos são abertos ou fechados. Por sistema fechado, entende-se o ordenamento jurídico

¹⁵ Afirma o autor que o “termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cisso e Maria Celeste C. L. Santos 4. ed. 2. reimpr. Brasília: Ed. da UnB, 1991. p. 76.

¹⁶ Nas palavras do autor: “Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas.” BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 76.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. t. 2, p. 4. (Tratamento de direito tributário brasileiro).

que não possibilita a existência de lacunas, que é totalmente racional e dedutível, formado de uma ou várias idéias fundamentais ou, ainda, para os positivistas, de uma norma fundamental. Por sistema aberto, entende-se o ordenamento incompleto e lacunoso. Para Paulo de Barros Carvalho, os sistemas jurídicos são abertos nas dimensões semânticas e pragmáticas, pois absorvem matérias sociais, políticas, econômicas, morais, etc, e fechados em sua função sintática.¹⁸

A comprovação de que os sistemas jurídicos são abertos e, portanto, imperfeitos e, por vezes, incoerentes, demanda do intérprete da norma um esforço maior para, vendo-se diante do conflito entre as normas que compõem o ordenamento, buscar uma solução que atenda aos elementos da coesão e da coerência, como bem ressalta Luís Eduardo Schoueri: “Importa esclarecer que ao jurista caberá, sempre, buscar a coerência no sistema, embora cômico de que haverá ocasiões em que esta não será possível; em tais casos, deve o jurista buscar soluções – oferecidas pelas regras estruturais do sistema, inclusive o compromisso – para que a incoerência não leve à ruptura.”¹⁹

Ricardo Lobo Torres parte da distinção entre sistemas objetivos e científicos; os primeiros seriam aqueles que tratam das normas e conceitos jurídicos; os científicos, por sua vez, abrangem o conjunto dos conhecimentos, das proposições jurídicas das normas e conceitos que compõem os sistemas objetivos para então concluir que inexistente um sistema único capaz de abarcar toda a realidade (sistema objetivo) e todo o saber (sistema científico).²⁰

Para a dogmática jurídica,²¹ o conceito de sistema é operacionalmente importante no estudo do direito, já que no ordenamento incluem-se, além das próprias normas, os elementos não-normativos (definições, critérios classificatórios). O ordenamento, na visão de Tércio Sampaio Ferraz, é um dado social; cumpre, portanto, à dogmática sistematizar os

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 103.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 5-8. Eros Roberto Grau adota a mesma classificação: sistemas de conhecimento e sistemas de objeto do conhecimento. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 22.

²¹ Na lição de Tércio Sampaio Ferraz, a dogmática jurídica opõe-se à zetética, pois, no estudo do direito, procura sempre compreender o direito e aplicá-lo dentro dos marcos da ordem vigente. A ordem vigente é um “dado” que deve ser aceito, sendo ponto de partida para a investigação científica. Esse ponto de partida constitui uma “espécie de limitação”, dentro da qual o jurista poderá buscar os comportamentos jurídicos possíveis. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 49.

elementos normativos e não-normativos do ordenamento, atribuindo limites que permitirão a inclusão ou exclusão de determinado elemento no conjunto (sistema) artificialmente criado.²²

Cada sistema jurídico supõe uma *ordenação interior e unidade de sentido*. Por *ordenação* deve-se entender uma adequação valorativa, teleológica e axiológica dos dados que compõem o sistema (normas), enquanto que por *unidade* entende-se a conexão aglutinadora dos princípios gerais que dão consistência ao sistema. Essa definição, defendida por Eros Roberto Grau,²³ baseia-se no entendimento dos sistemas jurídicos como uma ordem teológica de princípios gerais.

O reconhecimento do direito como sistema é assim destacado pelo autor: “Ademais, o direito é também, no plano inferior ao dos princípios, onde se realiza como *sistema*, sistema de normas. Sistema de normas no sentido de que elas se relacionam substantiva e formalmente. Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual são integradas.”²⁴

Estudo profundo sobre o conceito de sistema na ciência do direito foi realizado por Claus-Wilhelm Canaris. Para o referido autor são ainda válidas as definições clássicas de sistemas que trazem em seu bojo as características comuns da *ordenação* e da *unidade*. A ordenação relaciona-se com o objeto que compõe o sistema, seja ele um conjunto de conhecimentos, institutos jurídicos, conceitos jurídicos ou regras; a unidade traz ao conceito de sistema a conexão por meio de princípios fundamentais comuns aos elementos do sistema.²⁵

O Direito analisado por meio do pensamento sistemático justifica-se a partir dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, conquanto esses valores possam ser melhor alcançados em um Direito sistematizado, “dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que uma multiplicidade inabarcável de

²² A noção de ordenamento como sistema somente apareceu no Estado moderno, conforme relata FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 166.

²³ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 22.

²⁴ Id. Ibid., p. 23.

²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 12.

normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.”²⁶ O conceito de sistema que atinja os valores de justiça representados pela igualdade e segurança jurídica deve observar uma ordenação teleológica, tendo em vista que o Direito transpõe o pensamento meramente formal, em seu sentido mais amplo, na busca de realização de escopo e valores dos elementos do sistema, já que o sistema nada é mais do que “a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas.”²⁷

Define-se, assim, na lição de Canaris, o sistema jurídico, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito; tais princípios são mais ligados aos valores teleológicos dos elementos que compõem o sistema, e à unidade interna do que às características dos princípios gerais. Trata-se, assim, de identificar a razão jurídica determinante no sistema, o que trará a unidade que o caracteriza. Vale transcrever as belas palavras do autor: “Nesta ocasião, deve-se recordar de novo a característica principal da idéia de unidade, acima elaborada: a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas ‘decisões de conflitos’ e dos valores *singulares*, antes se devendo alcançar até os valores *fundamentais* mais profundos, portanto até os princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se assim, de apurar, por detrás da lei da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão ‘orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível.”²⁸

As visões acima expostas trazem aspectos comuns que ajudam a definir e identificar os sistemas junto ao complexo de normas que fazem parte do ordenamento jurídico. O sistema jurídico é, portanto, caracterizado pela ordenação dos elementos que o compõem e pela unidade em relação aos valores que fundamentam esses elementos, sendo aberto em relação a eles, possibilitando a solução de conflitos entre as normas sem comprometer o funcionamento e estabilidade do sistema.

²⁶ Conforme CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 22.

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 71. No mesmo sentido TIPKE, Klaus. op. cit., p. 520.

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 76-77.

2.3. Pluralidade de sistemas jurídicos – subsistemas e microsistemas

De maneira precursora no Brasil, Ruy Barbosa Nogueira já identificava a autonomia científica do Direito Tributário, configurando-o como um sistema jurídico independente: “Toda vez que uma parte do direito passa a ser estudada autonomamente, por necessidade científica, por *diferenciação de princípios*, é que podemos realmente falar de um ramo novo, porque existe uma matéria a ser estudada por métodos próprios, constituindo então um sistema de normas jurídicas regidas por princípios diferentes dos princípios que regulam outros ramos jurídicos.”²⁹ A autonomia e independência de sistemas jurídicos que, na época, foram objeto de acaloradas discussões,³⁰ nos dias atuais parecem não mais provocar dúvidas na doutrina.

Para Amílcar Falcão, a autonomia divide-se em didática e científica ou jurídica, esta última caracteriza-se pela identificação de institutos ou instrumentos próprios que se aproximam entre si, formando uma autonomia estrutural, com uma constatação de regras e princípios próprios que caracterizam uma autonomia dogmática. A distinção apresentada não afasta, para o autor, a idéia de unidade do direito; a autonomia seria um conjunto de normas com unidade própria que, por sua vez, faria parte de um conjunto maior, o universo jurídico – *uno universo jure*.³¹

A referida autonomia do direito tributário, ou de qualquer outro ramo do direito e, conseqüentemente, de suas normas, métodos e princípios, deve ser entendida como um recorte metodológico para o estudo científico do fenômeno jurídico. Em outras palavras: a identificação de sistemas jurídicos dotados de unidade e ordem próprias se faz e, nesse

²⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 34. O autor, ao discorrer sobre os sistemas tributários, ensina que “O sistema deve não só tornar possível um resumo geral de uma determinada matéria, mas também ser capaz de apresentar, em relação a ela, uma compreensão da matéria. A reunião das finalidades em cada sistemática exclui o caráter apriorístico, isto é, torna-a comprovada e facilita ainda mais rápida a apreensão e compreensão da matéria”. p. 44.

³⁰ Para Aliomar Baleeiro “já se pode considerar a matéria pacificada no campo da ciência jurídica.” BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Colaboração de Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.

³¹ Conforme FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao direito tributário*. Atualização por Flávio Bauer Novelli. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 12-13.

sentido, é admitida tanto para fins didáticos como para fins científicos, ou seja, para compreensão da idéia de diretrizes nas motivações compostas pelas normas do sistema.

Não se pretende desconsiderar a unidade do jurídico, não se pode conceber a existência de regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico.³² As normas encontram-se vinculadas em relação hierárquica e de coordenação, como lembra Paulo de Barros Carvalho.³³ O que se objetiva é verificar, em decorrência da especialização e complexidade crescentes dos atos e fatos jurídicos e da sua conseqüente regulação, a existência de normas que apresentem ordenação própria e unidade de valores que as vinculem entre si, sem perder de vista que tais normas fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico.

Interessante visão é adotada por Klaus Tipke segundo a qual o sistema jurídico possui um princípio fundamental baseado na idéia de justiça que tem a sua concretização no princípio da igualdade. A igualdade, apesar de ser aplicável a toda a ordem jurídica, não seria idêntica para todas as ordens jurídicas parciais. O imposto justo, a pena justa, a assistência social justa seriam orientados por conceitos diversos de justiça.³⁴

Admite, assim, o autor, a existência de ordens jurídicas parciais (subsistemas) que se caracterizam pela ordem racional dos princípios formais e materiais derivados da idéia de justiça e pela unidade, a fim de evitar contradições axiológicas entre as normas do ordenamento; defende, entretanto, que o direito tributário como um todo compõe um sistema autônomo, fundamentado no princípio da igualdade tributária que melhor reflete os valores de justiça.

A pluralidade de sistemas jurídicos objetivos permite a identificação de vários sistemas jurídicos autônomos, como bem observou Ricardo Lobo Torres: “A Constituição Tributária aberta desemboca, necessariamente, no pluralismo de sistemas constitucionais tributários. Na mesma medida que não se pode aceitar o fechamento da Constituição Tributária, incapaz de apreender a complexidade do mundo moderno, recusa a totalidade

³² Conforme BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1972. p. 28.

³³ Conforme CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

³⁴ TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1988. p. 60-70.

ou unidade do sistema.”³⁵ Da mesma forma que se verifica a existência de diferentes sistemas jurídicos dentro da Constituição Federal e, mais ainda, a existência de subsistemas na própria Constituição Tributária,³⁶ deve-se agora ir mais adiante e investigar a possibilidade de identificação de subsistemas tributários fora do âmbito constitucional.

Conquanto Ricardo Lobo Torres analise os vários sistemas constitucionais tributários e não propriamente os sistemas normativos passíveis de serem identificados no ordenamento infraconstitucional, o autor assinala que a lei ordinária deve organizar o sistema tributário por meio de codificações e estruturando os subsistemas de acordo com o substrato econômico da realidade das relações que o legislador pretende regular,³⁷ em clara alusão à existência de subsistemas normativos.

O legislador deve observar os princípios e fundamentos do ordenamento jurídico ao propor normas para a regulamentação de fatos e atos que fazem parte de um determinado subsistema. Nas palavras de Klaus Tipke, “o legislador impõe os princípios de ordenamento jurídico-tributário como medida de ordenamento de Justiça, mas não é tão soberano a ponto de poder anular a coerência que resulta dos valores.”^{38 39}

A questão parece evidente, o legislador ordinário tributário deve sempre observar os princípios constitucionais, exemplificativamente a legalidade, igualdade, capacidade contributiva, sob pena de a norma expedida ser considerada inconstitucional. O que se pretende destacar é algo que vai mais além: o legislador, ao impor princípios aplicáveis em um subsistema, deve observar, na edição de normas de mesma hierarquia, além daqueles princípios, a coerência com os fundamentos que os motivaram. Fala-se aqui da observância de coerência, lógica e fundamentos do sistema entre normas de mesma hierarquia, sejam elas dentro da própria constituição, sejam normas ordinárias de um subsistema tributário imobiliário.

³⁵ Conforme TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 49.

³⁶ Os subsistemas da Constituição Tributária identificados por TORRES são: subsistemas constitucionais quase-fiscais, subsistemas das limitações constitucionais ao poder de tributar, dos princípios constitucionais, do processo constitucional e da interpretação da Constituição Tributária. TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 10.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 159.

³⁸ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 520.

³⁹ vide item 2.1. Os valores normativos e sua vinculação na interpretação e na produção legislativa.

Vive-se atualmente, nas palavras de Natalino Irti, a era da decodificação.⁴⁰ A certeza e a segurança dos códigos com a idéia de uma ordem jurídica completa e definitiva, justificada pela necessidade da certeza jurídica das relações, vêm sendo substituídas pela profusão de leis especiais, leis essas que seguem uma lógica própria.

O fenômeno da decodificação, iniciado na década de 1960, acentuou-se nos anos 1980 com as privatizações. Os códigos já não mais bastavam para regular todas as novas situações surgidas com o incremento das relações jurídicas entre os agentes econômicos. A criação de agências reguladoras, que passaram a normatizar as mais variadas atividades, deixou claro que se vive uma outra época, não mais aquela em que se encontravam todas as soluções nas leis gerais, mas uma nova era de normas especiais destinadas a setores específicos da atividade econômica.

O que é largamente aceito como um fenômeno inequívoco em outros ramos do direito é de mais complexa verificação no campo do direito tributário. Os princípios constitucionais tributários, positivados na Constituição Federal, limitam a delegação de competência normativa, o que acaba gerando uma centralização na produção legislativa, refletida hoje na existência dos vários regulamentos, verdadeiros códigos, que compilam as normas tributárias.⁴¹ A existência dos regulamentos não diminui a importância das normas constitucionais e complementares, estas sim constantes de um código formal, o Código Tributário Nacional.⁴²

As leis especiais, os atos emanados das autoridades administrativas e a jurisprudência constituem, ainda na lição de Irti, verdadeiros microssistemas de normas, com lógica própria e autônoma. “A relação de direito geral e direito especial nasce do confronto entre duas normas jurídicas, que têm o elemento de fato em comum, enquanto a norma mais ampla compreende no seu conteúdo o elemento de fato da menos ampla. A disciplina ditada pela lei especial será, assim, fundamentalmente idêntica àquela da lei geral, mas com desenvolvimento correspondente à individualidade de fato. Se a lei não prevê uma *fattispecie* mais ampla, a disciplina da matéria não pode ser dita ‘especial’, mas

⁴⁰ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

⁴¹ Podemos citar dezenas de regulamentos que desempenham a função de verdadeiros códigos, tais como o Regulamento do Imposto de Renda, instituído pelo Decreto nº 3.000/99 e o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, instituído pelo Decreto nº 4.544/02.

⁴² O CTN foi introduzido pela Lei ordinária nº 5.172/66.

simplesmente estranha ao código e exclusiva do caso considerado. As leis especiais constituem microssistemas de normas, com lógica própria e autônoma.”⁴³

Partindo-se da definição exposta no item anterior, deve-se buscar a identificação dos fundamentos dos elementos que compõem o ordenamento jurídico em análise, ou seja, a identificação dos princípios gerais que dão unidade teleológica e conseqüentemente ordenam as normas que compõem o sistema em estudo.

Portanto, cientificamente, para a identificação de um sistema, subsistema ou microsistema é necessária a verificação de princípios gerais dotados de certa autonomia (princípios sistematizadores) que tragam a coesão e a unidade necessárias ao sistema. Canaris, ao comentar a questão dos princípios sistematizadores, utilizando-se de exemplos do direito privado, entende que “... dentro desses âmbitos, formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios ‘gerais’ autônomos, como por exemplo o sistema de atos ilícitos, do enriquecimento sem causa, das perturbações na prestação ou da responsabilidade pela confiança. Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como ‘geral’, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo.”⁴⁴

Assim, nem todos os princípios gerais são sistematizadores do sistema jurídico, somente aqueles que trazem unidade a um determinado sistema devem ser considerados para este fim. Torna-se assim possível que determinados princípios gerais não sejam aplicáveis genericamente a todos os sistemas jurídicos.

Mas não é só a identificação dos princípios sistematizadores que é relevante para a construção do sistema, há também que se buscar os princípios secundários, aqueles que normalmente não são mencionados na própria lei, como bem observou Klauas Tipke: “No plano imediatamente inferior, (aos dos princípios fundamentais) encontram-se geralmente subprincípios concrecíveis (valorações individuais ou secundárias, também formadoras de subsistemas).”⁴⁵

⁴³ IRTI, Natalino. op. cit., p. 37-38.

⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 79.

⁴⁵ Conforme TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 521.

O sistema jurídico é uno, todas as normas que o compõem estão ligadas de uma forma mais ou menos próxima, e isto não impede o recorte do ordenamento jurídico em diferentes subsistemas compostos por princípios, explícitos e implícitos, e regras. Os sistemas jurídicos criados ou identificados naturalmente relacionam-se entre si, por meio da coexistência de princípios sistematizadores ou primários comuns e mesmo de princípios secundários encontrados em mais de um sistema jurídico; mesmo as regras podem pertencer a sistemas jurídicos distintos a depender sempre do recorte que é efetuado na análise e estudo das normas.

Klaus Tipke e Joaquim Lang graduam os princípios segundo sua força vinculante em princípios sistemáticos, que sustentam o ordenamento jurídico como um todo; subprincípios de força constitucional, que teriam valor somente no Direito Tributário e princípios simplesmente legais, que seriam aqueles que detalham o ordenamento tributário sem que constem de norma constitucional.⁴⁶

Os subsistemas são compostos, portanto, de princípios gerais, princípios especiais, o que o autor acima citado chamou princípios legais e das regras que se relacionam com o objeto estudado (por exemplo, a tributação da renda no mercado imobiliário); estas regras devem estar em harmonia valorativa, teleológica e axiológica com os princípios que fundamentam o sistema, que por sua vez devem relacionar-se entre si a fim de caracterizar uma unidade para que se componha o sistema.

2.4. Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância

Como analisado nos itens acima, para identificação de sistemas jurídicos, que possuam as características de *ordenação interior* e *unidade de sentido* e assim dotados de autonomia, é necessário o conhecimento dos princípios jurídicos que sistematizam e norteiam as normas desses sistemas.

⁴⁶ TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. *Direito tributário*. Tradução da 18. ed. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1, p. 172-173.

Humberto Ávila, para caracterização das regras e princípios, parte da distinção entre dispositivo e norma: explica que os dispositivos são objeto da interpretação e as normas o seu resultado, para então concluir que, pelo fato de as normas serem construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, não se pode afirmar que uma norma contenha uma regra ou um princípio. “Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.”⁴⁷

Ciente de que a construção ou, como utiliza o autor, reconstrução da regra ou princípio depende da interpretação do aplicador do direito, define os princípios como sendo normas que estabelecem um fim a ser atingido (finalísticas), uma função diretiva que estabelece um dever de adotar comportamentos necessários à realização de um *estado ideal de coisas*. As regras, em contraposição aos princípios, são definidas como normas imediatamente descritivas, centradas na finalidade ou nos princípios que lhes dão suporte.⁴⁸

Eros Roberto Grau dividiu os princípios jurídicos em princípios explícitos, implícitos e princípios gerais de direito. Os primeiros são recolhidos diretamente dos textos normativos, os segundos são inferidos como resultado de análise desse conjunto de textos e os princípios gerais de direito e não do direito, como frisa o autor, são coletados do direito pressuposto, são descobertos no interior do ordenamento jurídico.⁴⁹

Princípios são normas, toda norma é um princípio ou uma regra.⁵⁰ As regras são aplicáveis por completo ou então não são aplicáveis. Se duas regras entram em conflito, somente uma delas é válida. Já os princípios, estes podem colidir, permanecendo ambos válidos; o intérprete deverá decidir à luz do caso concreto qual princípio deve recuar.

Para uma melhor compreensão, com base nas lições de Eros Roberto Grau e J.J. Gomes Canotilho, são propostos a seguir cinco critérios de distinção entre regras e princípios:

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 34.

⁴⁸ Id. Ibid., p. 78-81.

⁴⁹ Em uma breve explicação, constitui o direito pressuposto o direito que brota da sociedade. O Estado somente positiva o direito (direito posto) já existente na sociedade (direito pressuposto). GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 147.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 162. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 172.

Critério da generalidade: as regras e princípios apresentam distintos graus de generalidade. A regra é editada e limita-se para uma determinada quantidade de atos ou fatos, enquanto os princípios aplicam-se a um número indeterminado de situações.

Critério quantitativo: a aplicação dos princípios possibilita vários graus de concretização, enquanto as regras somente impõem conduta a ser cumprida ou não; em consequência, os princípios possibilitam o balanceamento de valores e interesses. Já as regras devem ser ou não aplicadas; é aceitável o conflito entre princípios que devem ser solucionados mediante ponderação e harmonização; as regras, por sua vez, não comportam situações de conflito; por fim, os princípios comportam discussões quanto à sua validade e peso, enquanto em relação às regras só se discute a validade.

Critério da interpretação: a identificação de uma norma como regra ou princípio surge somente no momento da interpretação: se o critério de decisão para se verificar se uma norma é regra ou princípio é do tipo de oposição (conflito ou colisão), então somente no curso do processo de interpretação poder-se-á verificar a distinção.⁵¹

Critério da proximidade da idéia de direito: os princípios são normas que trazem em sua concreção as exigências de *justiça* e a *idéia de direito*; as regras, por sua vez, têm conteúdo meramente funcional.

Critério da fundamentação das normas: impõe aos princípios o requisito de fundamentar as regras; são os princípios que constituem a *ratio* das regras jurídicas.⁵²

A identificação dos princípios jurídicos é vital para a caracterização da unidade do sistema; sua busca deve pautar-se pela descoberta dos valores fundamentais da ordem jurídica analisada, pois só assim aqueles valores singulares podem conectar-se de maneira

⁵¹ GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 185-188. Ressalte-se que a nomenclatura dos critérios (critérios da generalidade, quantitativo e da interpretação) não consta do texto em que foi baseada a pesquisa; são nomenclaturas efetuadas por questões meramente didáticas a fim de facilitar o desenvolvimento do presente trabalho.

⁵² Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 172-173.

orgânica, alcançando o grau de generalização necessário à percepção da unidade do sistema.⁵³

Deve-se alertar para o fato de que a busca de princípios jurídicos será efetuada de forma cautelosa, pois há sempre o risco de atribuir maior valor a algo que não ocupa posição fundamental no sistema estudado. Não se quer, assim, dispensar a uma mera regra o *status* de princípio, o que levaria à tão criticada *inflação de princípios*; pretende-se, ao contrário, identificar as normas que concretizam os princípios constatando a sua presença e aplicação no ordenamento.

Ademais, vários dos princípios atendidos no ordenamento apresentam diferentes feições; assim é que, por exemplo, a determinação da tributação somente da renda realizada encontra-se ligada à tributação do acréscimo patrimonial e este, por sua vez, à capacidade contributiva, que é conexa ao princípio da igualdade. Desta forma, a identificação de princípios será cercada de cuidados para que não se tenha a falsa impressão da hierarquização não fundamentada das normas do sistema.

Para efeito do presente estudo os princípios serão identificados e classificados segundo sua força vinculante no ordenamento. Nesse sentido serão divididos entre princípios constitucionais, aqueles que se encontram de forma expressa ou não no Texto Constitucional, princípios gerais tributários, que possuem aplicação exclusivamente em relação ao direito tributário e, na linha das observações acima, os critérios informadores do sistema, caracterizados como aquelas normas explícitas ou diretrizes implícitas que, não se enquadrando em nenhuma das duas categorias anteriores, mesmo assim atribuem coerência, informando, às demais normas do sistema estudado.

Deve-se, ainda, ter em mente que vários dos princípios ou critérios informadores do sistema jurídico encontrados fora da Constituição, são concreções destes mesmos princípios constitucionais. Trata-se de opções efetuadas pelo legislador para a melhor aplicação de princípios gerais; assim é que a igualdade é atendida no tratamento tributário diferenciado aplicável às empresas de pequeno porte ou, ainda, verifica-se que a capacidade contributiva encontra-se presente na tributação da renda líquida.

⁵³ Conforme CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 77.

2.5. Interpretação pragmática da norma

Este estudo propõe-se a analisar as normas que regem a tributação da renda no mercado imobiliário visando a extrair as linhas fundamentais e comuns contidas nas leis, na doutrina, na jurisprudência e nos costumes tributários, a fim de verificar a existência de um sistema de regras aplicável à tributação imobiliária. O estudo exigirá a análise das normas que versam sobre a tributação da renda aplicável aos negócios jurídicos e aos agentes econômicos que atuam no setor imobiliário.

A interpretação das normas requer o conhecimento “das regras *sintáticas*, que controlam as combinatórias possíveis das normas entre si; das regras *semânticas* de conotação e denotação das normas em relação ao objeto normado; e das regras *pragmáticas* das normas em relação às suas funções”.⁵⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr., utilizando-se da semiótica para melhor explicar os referidos critérios, ensina: “A semiótica é a teoria dos signos (por exemplo, dos signos lingüísticos, das palavras), em sua tríplice relação: signos entre si (sintaxe), em relação ao objeto (semântica) e aos seus usuários (pragmática).”⁵⁵

Ao utilizar-se dos critérios sintáticos, semânticos e pragmáticos, o autor o faz com o intuito de sistematizar, para fins didáticos, o estudo da norma. Assim, todas as normas podem ser analisadas e estudadas à luz dos diferentes critérios. Dar-se-á, neste estudo, maior atenção à análise pragmática da norma, sem, contudo, deixar de atentar para a sua validade no ordenamento jurídico (critério semântico) ou para as questões que versam sobre sua relevância, subordinação e estrutura (critérios sintáticos).

Os critérios pragmáticos levam em consideração os efeitos das normas sobre os sujeitos. Tais efeitos merecerão especial dedicação no presente estudo, como antes mencionado,

⁵⁴ LAFER, Celso. Prefácio. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 20.

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 118-119.

haja vista que a tributação da renda imobiliária é, como se pretende demonstrar, campo farto para a análise dos efeitos da tributação no comportamento dos contribuintes.

2.6. Norma tributária indutora: relevância da sua análise

A atenção ao caráter indutor das normas tributárias justifica-se como um dos fatores de coesão que podem ser utilizados para caracterizar um sistema autônomo composto pelas normas que regem a tributação da renda. O estudo do caráter indutor pode levar, e é o que se pretende buscar, à maior unidade nos dispositivos legais encontrados de maneira esparsa no ordenamento jurídico.

As normas tributárias indutoras, por ter seu fundamento⁵⁶ alargado em relação às normas tributárias de caráter meramente arrecadador, encontram limites muito mais rígidos à sua imposição do que aqueles aos quais se sujeitam as demais normas, o que demanda, além da análise dos princípios constitucionais tributários, o estudo dos princípios positivados na ordem econômica e social.

Objetiva-se, assim, verificar o regime jurídico constitucional ao qual a tributação sobre os rendimentos imobiliários encontra-se sujeita, ou seja, se ele somente encontraria limitações e fundamentação à sua imposição nos princípios constitucionais tributários ou se seria necessária a confrontação com os demais princípios encontrados na ordem econômica e na ordem social constantes da Constituição Federal.⁵⁷

⁵⁶ Conforme GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 156.

⁵⁷ Enumera-se, a seguir, para fins de facilitar as conclusões deste trabalho, os princípios informadores da Constituição Federal: 1. soberania nacional, 2. propriedade privada, 3. função social da propriedade, 4. livre concorrência, 5. defesa do consumidor, 6. defesa do meio ambiente, 7. redução das desigualdades regionais e setoriais, 8. busca do pleno emprego, 9. favorecimento para as empresas de pequeno porte, 10. livre iniciativa e valorização do trabalho. 11. direito social à moradia (art. 6º da CF) e 12. livre exercício de qualquer atividade econômica.

2.6.1. Breve conceituação das normas tributárias indutoras

A intervenção do Estado na atividade econômica pode ser classificada em três modalidades distintas. Segundo lição de Eros Roberto Grau, as modalidades de intervenção são: (i) a intervenção por absorção ou participação; (ii) a intervenção por direção; e (iii) a intervenção por indução.⁵⁸

Entende-se por intervenção por absorção quando o Estado atua, como agente, de modo direto na economia, assumindo integralmente os meios de produção. O Estado, assim, atua como monopolista. Quando o Estado participa em regime de competição, em igualdade de condições com os demais agentes econômicos, há a intervenção por participação. Nas intervenções por direção ou por indução, o Estado intervirá no domínio econômico por meio da regulamentação da atividade econômica;⁵⁹ por direção, editando normas de caráter compulsório (comandos imperativos, cogentes) que constituem imperativos a serem observados pelos agentes econômicos.⁶⁰ Cite-se, como exemplo, no mercado imobiliário a proibição de construção superior ao potencial construtivo do imóvel conforme estabelecido no plano diretor municipal, com o qual o Estado trouxe para o campo da ilicitude o comportamento dos agentes econômicos que pretendiam construir edificações sem a observância de limites urbanísticos.

Ao optar pela intervenção por indução, o Estado visa incentivar ou desestimular determinado comportamento dos agentes impondo benefício ou agravamento pecuniário para aquele que seguir, ou não, a conduta induzida. Como freqüentemente ocorre em nosso

⁵⁸ Note-se que na lição do autor anteriormente citado, o Estado intervém **NO** domínio econômico, quando opta por assumir total ou parcialmente a função de agente econômico; e passa a intervir **SOBRE** o domínio econômico, quando opta por assumir o papel de regulador. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*, cit., p. 156.

⁵⁹ Conforme Id. *Ibid.*, p 156-157. O autor cita como norma típica, que caracteriza a indução por direção, os controles de preços.

⁶⁰ Quanto à convivência dos princípios tributários com as demais regras que regem a intervenção do Estado na economia, assinala: “Princípios e regras diferem, já que aqueles enquanto diretrizes para a realização ótima do consenso jurídico, devem ser sopesados em cada caso, podendo ser considerados em graus diversos, em uma ou mais normas. Num sistema pluralista, a contradição entre princípios é possível, exigindo do jurista atenção em sua ponderação. No estudo das normas tributárias indutoras, encontra-se também os princípios com orientação díspar, a serem sopesados pelo aplicador da norma, sem necessariamente afastar um ou outro, mas possivelmente reduzindo o alcance de um por causa do outro. Como forças com vetores diversos, cuja resultante indicará a direção a ser seguida pelo fenômeno físico, também os princípios jurídicos atuam em feixe, cabendo ao intérprete determinar a direção que dali resulta”. SCHOUERI, Luís Eduardo. *op. cit.*, p. 39.

sistema fiscal, a tributação é extremamente adequada à indução comportamental dos contribuintes. Cite-se a isenção do imposto de renda das pessoas físicas na alienação de imóvel residencial, desde que os valores recebidos sejam reinvestidos na aquisição de novo imóvel de mesma destinação. Nesse caso, o Estado optou por incentivar a aquisição de imóveis residenciais ao tornar isento o ganho de capital auferido na venda do antigo bem, induzindo as pessoas físicas a investir o fruto da alienação em um novo bem imóvel.

Na intervenção por indução, o legislador encontra limites à sua regulamentação no campo do direito econômico; assim, o legislador deverá observar os princípios e regras próprios do campo tributário, além dos mesmos princípios aplicáveis à intervenção do Estado na economia, princípios de direito econômico, sejam eles limitadores ou propulsores da intervenção estatal.⁶¹

Por norma tributária indutora entende-se o aspecto da norma tributária que possui, além de sua função arrecadadora, função indutora. A extrafiscalidade manifesta-se quando a norma jurídica tributária tem o objetivo de direcionar determinado comportamento do cidadão. A intervenção por indução é efetuada por meio de normas dispositivas, em contraposição à intervenção por direção que se vale de normas impositivas. “Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, abstendo-se de aderir à prescrição nela vinculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculada por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão.”⁶²

Ressalte-se que toda a norma tributária tem efeito indutor; não há cobrança de imposto que seja neutra em relação aos efeitos gerados junto ao contribuinte; a norma tributária caracterizada como indutora é aquela que, além do aspecto arrecadador, visa determinar o comportamento do contribuinte.

A norma tributária indutora estimula o comportamento desejado ou discrimina o indesejado, direcionando seu efeito conforme os objetivos positivados na ordem econômica e social. O estímulo ou o desestímulo são obtidos por meio do agravamento da tributação em relação à conduta indesejada, implicando aumento de custos para o contribuinte, caso venha a adotar o comportamento ali previsto, ou por meio da atribuição

⁶¹ Conforme SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 204.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*, cit., p. 158.

de vantagens, em que a norma tributária prevê tratamento menos oneroso, caso o contribuinte adote o comportamento incentivado.

Luís Eduardo Schoueri justifica a adoção terminológica acima citada (indutora), no lugar de extrafiscalidade, expressão mais comumente utilizada: “(...) não parece adequado manter a expressão ‘extrafiscalidade’, já que, como visto, pode o mesmo termo ser empregado ora como gênero ora como espécie. Ao mesmo tempo, a expressão pode implicar constituírem normas que já não se incluem na fiscalidade, com isto se desvincilhando dos ditames próprios do regime tributário. (...) A expressão ‘normas tributárias indutoras’, por outro lado, tem o firme propósito de não deixar escapar a evidência de que, conquanto se tratando de instrumentos a serviço do Estado na intervenção por indução, não perdem tais normas a característica de serem elas, ao mesmo tempo, relativas a tributos e, portanto sujeitas a princípios e regras próprias do campo tributário.”⁶³

Como visto anteriormente, a norma tributária indutora caracteriza-se, portanto, por sua função extrafiscal de induzir determinado comportamento ao receptor normativo. O intérprete tem a difícil missão de distinguir as normas que se enquadram nessa categoria daquelas que se apresentam como normas que visam primordialmente à arrecadação tributária.⁶⁴

Baseando-se na lição de Klaus Vogel, Luís Eduardo Schoueri propõe que as normas tributárias indutoras sejam identificadas não por sua finalidade, mas sim pelo efeito gerado. Conquanto a norma tributária tenha a função arrecadadora como primordial, ao mesmo tempo, ela pode ter outras funções que coexistentes. Seriam as funções *redistributiva* (baseada na justiça distributiva), *indutora* e *simplificadora*.⁶⁵

O enunciado da norma tributária indutora conterá a conduta que a norma pretende induzir, por estímulos ou desestímulos, o comportamento do contribuinte que está de acordo com

⁶³ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 34.

⁶⁴ Toda norma tributária influencia de certa maneira o comportamento dos contribuintes; não há norma fiscal neutra, no sentido de que sua aplicação, ou não, seja absolutamente indiferente ao contribuinte.

⁶⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 27.

os princípios constantes na ordem econômica.⁶⁶ Note-se que, caso deixe de observar a conduta induzida, o sujeito passivo arcará com uma tributação maior do que aquela que seria devida caso se adequasse à conduta proposta.

A atenção ao caráter indutor das normas jurídicas será de grande valia, como destacado no início desta exposição, para a identificação de normas que apresentem uma conexão entre si, para a caracterização de um sistema dotado de certa autonomia, bem como na identificação de princípios e fundamentos que regem a tributação da renda imobiliária, além de cooperar com a verificação da adequação dos princípios e regras que serão analisados junto ao sistema tributário constitucional e à ordem econômica.

2.7. Síntese do segundo capítulo

Apresenta-se, a seguir, a síntese das análises e discussões efetuadas no capítulo segundo:

(i) a busca pelos princípios e fundamentos que regem a tributação da renda objetiva auxiliar o intérprete na identificação e extração dos valores que regem determinada imposição fiscal;

(ii) os referidos valores, além de representar importante instrumento na interpretação legislativa, acabam por limitar o legislador, na medida em que é requerida a observação da coerência legislativa em relação aos valores previamente escolhidos; esta coerência é uma exigência do princípio da igualdade que acaba por ser desrespeitado no caso de ruptura da lógica e valores do sistema;

(iii) o ordenamento jurídico é organizado na forma de um sistema de normas que se relacionam material e formalmente entre si; a análise de um texto normativo isolado não possibilita a completa compreensão do alcance e significado das suas disposições;

⁶⁶ Sobre a questão, assevera: “É pródiga a Constituição Federal brasileira, cuja disciplina, como alerta Grau, ultrapassa o Título VII, compreendendo, fundamentalmente, os preceitos inscritos nos seus artigos 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, bem como 5º, inciso LXXI, 24, I, 37, XIX e XX, 103, parágrafo 2º, 149 e 225”. SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., p. 82.

(iv) o sistema jurídico, composto por regras e princípios, é do tipo aberto, e os conflitos normativos encontram solução dentro do próprio sistema, sem colocar em risco a coerência e unidade do ordenamento jurídico. Os sistemas caracterizam-se pela ordenação dos seus elementos e pela unidade dos fundamentos e princípios que lhes atribuem coerência;

(v) a idéia de um único sistema jurídico não se adapta aos objetivos operacionais de sistematização e conhecimento dos princípios, regras e fundamentos do sistema. Não se quer negar com essa afirmação que todas as normas que compõem o sistema relacionam-se entre si, o que se pretende é considerar que o sistema jurídico pode ser recortado em sistemas menores que apresentam as mesmas características de unidade e ordenação, a fim de se apresentarem como um conjunto normativo dotado de princípios, fundamentos e regras próprias que são melhor compreendidos se analisados sob esta óptica, ao invés de considerá-las, exclusivamente, como parte de um único sistema jurídico;

(vi) a visão que se apresenta é de um sistema jurídico geral, composto por todas as normas do ordenamento, formando-se um grande conjunto; este mesmo conjunto pode ser recortado e analisado em conjunto menores que interam o conjunto maior e com ele se relacionam, mas que também se caracterizam por apresentar uma unidade e ordenação em relação aos seus elementos, podendo, desta forma, serem vistos e estudados de forma autônoma;

(vii) a autonomia dos subsistemas aumenta a partir da maior complexidade das matérias objeto de normatização; deve a lei ordinária organizar estes subsistemas com a observância das particularidades e do substrato econômico destas relações;

(viii) a atividade legislativa encontra limites no próprio sistema que é criado. O legislador é limitado pelos princípios e valores que dão unidade e coerência ao sistema, não possui liberdade plena para criar normas que sejam contrárias à coerência do sistema;

(ix) na busca da identificação dos subsistemas deve-se atentar naturalmente para os princípios fundamentais que o compõem, mas também para os princípios secundários, aqueles subprincípios que atendem ao caráter especial da situação fática regulamentada;

(x) tais princípios e subprincípios são identificados pelo intérprete da norma mediante as conexões axiológicas desta com as demais normas do sistema e com os fatos e atos jurídicos normatizados. Os princípios são explícitos ou implícitos, sendo estes últimos inferidos do próprio ordenamento jurídico;

(xi) princípios são normas que têm uma função diretiva, fundamentam as regras do sistema, apresentam alto grau de generalidade e concretização. Em caso de conflito entre princípios deve-se optar pela aplicação daquele que melhor atender à situação concreta, em um claro processo de harmonização, sem afastar a sua validade dentro do sistema. O conflito de regras, por sua vez, é solucionado pelo afastamento daquela que é contrária ao sistema;

(xii) os princípios serão classificados, nesse estudo, em princípios constitucionais, princípios gerais tributários e critérios informadores do sistema, segundo a sua força vinculante no ordenamento jurídico;

(xiii) os sistemas jurídicos que versam sobre a matéria tributária são compostos por normas que visam primordialmente a arrecadação fiscal a fim de fazer frente às necessidades financeiras do Estado. Parte das normas tributárias destacam-se pelo direcionamento que pretendem dar ao comportamento dos contribuintes; são normas que, além da função arrecadadora, visam induzir o comportamento do contribuinte;

(xiv) as normas tributárias indutoras, por serem tributárias, devem observar os princípios da ordem tributária e por serem indutoras encontram limites à sua imposição no campo do direito econômico, nos mesmos limites aplicáveis à intervenção do Estado na economia.

CAPÍTULO III – TRIBUTAÇÃO DA RENDA

3.1. A renda como grandeza adequada à tributação – conceito

No campo da tributação sobre a renda, o conceito de renda vem sendo objeto de grande discussão teórica quanto à sua definição e seus limites. O conhecimento dos fundamentos que sustentam o conceito de renda, segundo a mais recente doutrina, faz-se necessário para verificar quais são as razões que fazem um determinado rendimento ser ou não considerado como renda.

3.1.1. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda

Na busca de uma tributação sobre a renda mais justa, a constatação de que o bem-estar individual pode ser utilizado como medida ou, ao menos, como indicativo de uma imposição tributária mais adequada ao princípio da equidade, parece ser irrefutável. Wolfgang Gassner,⁶⁷ partindo da racionalidade econômica, esclarece que a noção de bem-estar individual, como o fundamento último para uma tributação sobre a renda, decorre de uma noção mais ampla de bem-estar social. A renda, portanto, seria uma medida do bem-estar de cada indivíduo.⁶⁸

⁶⁷ GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital: A response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005. p. 35.

⁶⁸ Note-se que, no trabalho desenvolvido por Gassner, o autor critica a adoção das teorias econômicas que tentam definir o conceito de renda, em especial quanto à sua utilização pelos operadores do direito. GASSNER, Wolfgang. op. cit., p. 35.

Há, assim, indivíduos na sociedade que se encontram em situação privilegiada em relação a outros no que diz respeito ao bem-estar. Tais indivíduos apresentam-se, portanto, mais capazes de contribuir com parte deste seu bem-estar para aqueles menos afortunados, a fim de aumentar o bem-estar da sociedade como um todo.⁶⁹ A tributação do bem-estar individual, defendida pelas teorias liberais utilitaristas visa, em última instância, alcançar uma sociedade mais igualitária, por meio da transferência do bem-estar manifestado em excesso por alguns cidadãos para aqueles indivíduos com ausência ou menor grau de sensação de bem-estar.

Mensurar com precisão o grau de bem-estar individual é tarefa notadamente difícil, já que isso depende de fatores que não comportam uma exata quantificação, como, por exemplo, a felicidade ou a adequação da situação do indivíduo ao estilo de vida desejado. A própria conceituação de bem-estar contém em si um debate que acresce as dificuldades em alcançar um consenso em torno de sua definição, uma vez que, em última instância, cada indivíduo possui uma concepção própria do que venha a ser seu bem-estar.

Mesmo frente a tais obstáculos na mensuração do bem-estar, deve-se buscar alguma forma de medi-lo, considerando sempre a premissa de que a tributação da renda refletida pelo bem-estar é o parâmetro de uma tributação mais justa.

O consumo de bens e serviços denotaria um determinado nível de bem-estar. O aumento do consumo individual refletiria um acréscimo no grau de felicidade e prazer do indivíduo e, portanto, no aumento de seu bem-estar. O consumo de bens e serviços é perfeitamente mensurável, no entanto não é consenso que seja medida adequada de bem-estar.

A utilização do consumo de bens e serviços como medida de bem-estar ignora outras razões de cunho psicológico que podem influenciar na percepção de uma maior ou menor renda e, por conseguinte, em um maior ou menor grau de consumo.⁷⁰ Aparentemente, neste ponto chega-se a uma encruzilhada: almeja-se, por razões de justiça fiscal, a tributação do bem-estar do indivíduo; no entanto, a definição do que venha a ser bem-estar e a

⁶⁹ HOLMES, Kevin. *The concept of income: a multidisciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2001. p. 5-6.

⁷⁰ Id., loc. cit.

impossibilidade de sua exata mensuração inviabiliza a precisa aferição de um valor que poderia se sujeitar à imposição sobre a renda.

À mesma conclusão chega Wolfgang Gassner, quando aponta as dificuldades decorrentes da indefinição do conceito de bem-estar: “O ‘bem-estar’ ou ‘renda psicológica’ como condição para a tributação e a renda como substituta da capacidade de pagamento são excessivamente vagos para se tornarem operacionais em um processo legislativo. Os economistas definem a renda pelas suas finalidades, e explicam os fundamentos da teoria da renda, por exemplo, para investigar os gastos das famílias ou para analisar os efeitos da tributação na distribuição de renda e riqueza.”⁷¹

Sem ignorar as dificuldades na conceituação e definição de bem-estar, Kevin Holmes aponta que o bem-estar dos cidadãos em uma sociedade é necessariamente integrado pela equidade na distribuição dos recursos materiais e imateriais. Desta forma, o autor conclui que a renda é a medida mais utilizada para, de forma pragmática, medir o bem-estar do indivíduo.

Assim, um sistema tributário que objetiva alcançar um maior grau de justiça deve basear-se em parâmetros, mesmo imperfeitos, que mais se aproximem do ideal de equidade objetivado pelo legislador, que se apresenta por meio da tributação sobre a renda.

Da mesma forma que o bem-estar utilizado como medida diretiva de uma tributação mais justa conduz à conclusão de que a renda do indivíduo é a medida que melhor substitui, em termos mensuráveis, o bem-estar, a renda acaba também por melhor refletir os pressupostos de capacidade de pagamento e a igualdade, fundamentos de um sistema tributário mais justo.

⁷¹ Conforme GASSNER, Wolfgang. op. cit., p. 35. “‘Well-being’ or ‘psychic benefits’ as conditions for taxation and the income as surrogate for ability to pay is much too vague to become operational in legislative process. Economists define income for their purposes, to explain fundamentals of the theory of income for instance, to investigate into spending of families or to analyse the effects of taxation on the distribution of income and wealth.”

3.1.2. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – a capacidade de pagamento

Os conceitos de capacidade de pagamento e equidade, vertical e horizontal, utilizados pelos economistas para sustentar uma tributação mais justa merecem destaque para o estudo do conceito de renda.

A teoria da tributação ótima (*Optimal Tax Theory*) define a capacidade de pagamento do contribuinte, aquela que deve ser atingida pelo sistema tributário, a partir da mensuração de características e fatores pessoais que aumentam o potencial de geração de renda do indivíduo. Tais características e fatores pessoais seriam externados pelos níveis de saúde, educação, posição social e oportunidade econômica. Assim, quanto maior a capacidade de geração de renda do indivíduo, pela presença de tais fatores, maior é sua capacidade de pagamento.

Parte-se da premissa de que, atingida a capacidade de pagamento na medida exata de cada contribuinte, este terá ainda instrumentos disponíveis, por suas características pessoais, de geração maior de renda, o que beneficia toda a sociedade em decorrência do aumento da renda global. Por outro lado, o contribuinte que demonstre menor capacidade de pagamento, pela ausência ou menor presença dos fatores acima citados, deverá ser menos tributado, já que se sofrer tributação igual à do contribuinte que demonstrou maior capacidade de pagamento estará pagando imposto de maneira injusta, pois não tem habilidades para *recuperar* a renda perdida com a imposição fiscal.

Os economistas utilitaristas propõem que os contribuintes sofram o mesmo sacrifício quanto ao pagamento do imposto. A teoria da igualdade de sacrifício defende, portanto, a mesma tributação para contribuintes que se encontram em situação equivalente quanto ao sacrifício despendido no pagamento do imposto. O parâmetro de comparação escolhido para que se atinja a igualdade é, portanto, a medida de sacrifício do contribuinte.

As críticas efetuadas ao alcance pela tributação da capacidade de pagamento individual são da mesma natureza daquelas feitas em relação à tributação do bem-estar, qual seja, a dificuldade de mensuração desta capacidade.

3.1.3. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda – a equidade

A equidade, segundo Kevin Holmes,⁷² possui duas dimensões: a equidade vertical e a equidade horizontal. A equidade horizontal exige tratamento idêntico para contribuintes que se apresentam em situações idênticas; verifica-se, assim, que contribuintes que possuam a mesma capacidade de pagamento devem sofrer o mesmo ônus tributário.

Por equidade vertical entende-se que os contribuintes que se encontrem em situação diversa devem sujeitar-se a cargas fiscais diferenciadas. Assim, contribuintes que não apresentam a mesma capacidade de pagamento devem incorrer em tributação diferente.

Note-se, como bem observa Kevin Holmes,⁷³ que a teoria da tributação ótima busca equidade vertical *ex post* por tributar os contribuintes em situações diversas, com diferentes expressões de capacidade de pagamento, colocando-os em situações equivalentes após a imposição fiscal.

A igualdade é sempre relativa, como ensina Klaus Tipke; para a sua verificação é necessário estabelecer-se um *critério de comparação*, a fim de alcançar o princípio pelo qual o igual deve ser tratado de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida da sua desigualdade. Desta forma, a igualdade não se confunde com a identidade, pois esta caracteriza-se por ser completamente igual, enquanto, no que se refere à igualdade, deve-se questionar em relação a que se busca a comparação.⁷⁴

⁷² HOLMES, Kevin. op. cit., p. 19.

⁷³ Id. Ibid., p. 32.

⁷⁴ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 520-521.

Alcides Jorge Costa relembra que no campo tributário a igualdade é nada mais do que uma forma de se aplicar a justiça. Baseando-se na lição de Perelman expõe as teorias que visam concretizar a igualdade tributária,⁷⁵ tais teorias apresentam como ponto comum o tratamento equivalente às pessoas que pertencem a uma mesma categoria essencial, e conclui que: “a igualdade tributária consiste em tributar do mesmo modo todos os cidadãos de uma mesma categoria empresarial.”⁷⁶

A equidade, seja vertical ou horizontal, a exemplo do bem-estar e da capacidade de pagamento, como suporte para um sistema tributário mais justo, também sofre críticas. A sua exata mensuração seria utópica, já que, para questionar se uma situação é equivalente ou não a outra, deve-se inquirir: em relação a quê? Por exemplo, se adotada a teoria da tributação ótima para alcançar a equidade, deve-se definir com relação a qual ou quais atributos e características os contribuintes serão comparados. Deve-se adotar a posição social ou o nível de escolaridade, ou talvez ambos? Definido o critério de comparação, passa-se a outra questão: como mensurar o atributo escolhido?

Assim sendo, frente à necessidade de atingir o objetivo de um sistema tributário mais justo por meio da tributação do bem-estar individual, da observância da capacidade de pagamento e da busca da equidade vertical e horizontal, é consenso que a tributação da renda é o melhor substituto para atingir a almejada justiça. Tal fato é constatado pela utilização da renda como manifestação econômica sujeita à tributação na maioria dos países, conforme noticia Kevin Holmes: “A maioria dos países adotou a renda como o principal substituto prático do bem-estar. O conceito de renda e sua mensuração são essenciais, não apenas se a renda é utilizada como um indicador do bem-estar, mas também quando é usada para alcançar objetivos macroeconômicos e para medir o desempenho dos investimentos privados.”⁷⁷

⁷⁵ Para o autor as teorias analisadas podem ser assim resumidas: “a) de cada um segundo os benefícios que recebe do Estado, tanto maiores quanto maiores o patrimônio e renda; b) de cada um segundo os benefícios que recebe do Estado, que não crescem na mesma proporção de patrimônio e renda; c) de cada um segundo os benefícios que recebe do Estado, iguais para todos; d) de cada um quantia proporcional ao seu patrimônio e renda, na mesma proporcionalidade aplicada aos demais, como expressão da igualdade de sacrifício; e) de cada um quantia compatível com o sacrifício mínimo da coletividade; f) de cada um segundo sua capacidade econômica.” COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 15, n. 55, p. 299, jan./mar. 1991.

⁷⁶ Id., loc. cit.

⁷⁷ Conforme, HOLMES, Kevin. op. cit., p. 33.

Klaus Tipke propõe a solução para a questão.⁷⁸ Afirma o autor que o sistema jurídico possui um princípio fundamental baseado na idéia de justiça que, por sua vez, tem a sua concretização no princípio da igualdade. A igualdade no sistema tributário seria somente alcançada pela tributação da renda.⁷⁹

A escolha da renda como substitutivo quantitativo que reflita de forma mais adequada os anseios de justiça não resolve de todo a questão. Várias indagações permanecem. Qual o conceito de renda que reflete tais anseios de forma mais adequada? O que deve ser considerado como renda?

Para o esclarecimento, se não o melhor delineamento, dos problemas atinentes à tributação sobre a renda, discute-se a seguir as teorias que, entende-se, melhor tratam do conceito de renda.

3.1.4. O conceito fundamental de renda

É consenso na doutrina a necessidade da busca de uma definição legal de renda aceita uniformemente, a fim de que tal definição seja imune às influências de ordem política na imposição da tributação, bem como proporcione aos contribuintes um sentimento de segurança, na medida em que a imposição sobre a renda faz parte de uma sociedade devidamente civilizada.⁸⁰

⁷⁸ Vide análise efetuada no item 2.3. Pluralidade de sistemas jurídicos – subsistemas e microsistemas.

⁷⁹ TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, cit., p. 60-63. Note-se que o autor vai mais além: para as pessoas físicas a igualdade somente seria atendida se a tributação incidisse sobre a renda poupada; para as pessoas jurídicas a tributação da renda seria concretizada na imposição do lucro da empresa.

⁸⁰ Peter Esser e Arie Rijkers assim concluem o prefácio da obra *The Notion of Income from Capital*: “We would like to end this preface with a quote from Joaquim Lang’s report (Part A, Chapter I, Paragraph 2.2): ‘It is a task of the tax sciences to strengthen the certainty of tax law by finding a concept of income, which is generally accepted. The taxpayer ought to rely on the fact that there are neither loopholes nor hidden privileges for his neighbour. Politicians may determine tax rates but the definition of income as the best measure for the ability to pay taxes should not be a playing field for the politicians. The non-political character of the income tax base gives stability to the tax law. Institutions of civil law have grown in long traditions of jurisprudence and therefore are immunized against political abuse. The legal definition of income should obtain the same immunity. This gives the taxpayer the feeling that taxation is part of a civilized society.’”. ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). op. cit., p. 20.

O Conceito Fundamental de Renda, na expressão utilizada por Kevin Holmes, consiste em caracterizar a renda como um acréscimo monetário de riqueza, acrescido da renda imputada e dos gastos com bens e serviços consumidos em um determinado período de tempo. Tal conceito baseia-se no modelo denominado Schanz-Haig-Simons, doravante Modelo SHS.⁸¹

Tem-se, portanto, um tripé que suporta o conceito fundamental de renda defendido pelo filósofo neozelandês: renda é composta pelo: (i) acréscimo monetário de riqueza, (ii) a renda imputada, e (iii) gastos com bens e serviços.

Para melhor entender o Modelo SHS, ou o conceito fundamental de renda, é necessária a compreensão dos fundamentos da definição acima exposta.

3.1.4.1. Renda psicológica – gastos com bens e serviços

Entende-se por renda psicológica um fluxo de sentimentos de satisfação decorrente de experiências psicológicas intangíveis. Nas palavras de Edwin Seligman: “a renda como medida de riqueza é fundamentalmente psicológica bem como histórica. Nós fazemos as coisas em última instância em busca do sentimento de bem-estar. Só se pode entender esta utilidade na forma da sucessão de sensações prazerosas. Estas sensações são a verdadeira renda. (...) O conceito originário de renda é, portanto, a renda prazer ou a renda benefício”.⁸² Parece claro, portanto, que a renda psicológica consiste na sensação de satisfação obtida pelo cidadão em decorrência da utilização de determinados fluxos financeiros percebidos.

A exemplo do conceito de bem-estar acima analisado (vide item 3.1.1. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda), a renda psicológica é dificilmente mensurável. Visando, no entanto, uma medida de apuração, mesmo que aproximada, é aceito que os gastos realizados com a aquisição de

⁸¹ HOLMES, Kevin. op. cit., p. 35-83.

⁸² SELIGMAN, Edwin R. A. *Principles of economics*. New York: Logman; Green & co. *apud* HOLMES, Kevin. op. cit., p. 36-37.

bens e serviços refletem monetariamente a sensação de satisfação, fundamento último da renda psicológica.

Antes de adentrar nas críticas quanto à mensuração da renda psicológica é necessário distinguir a renda recebida (*inflow*) da renda gasta (*outflow*). A visão que se obtém da análise dos recursos recebidos pelo indivíduo é bastante diversa daquela que tem por objeto o fluxo de recursos destinados ao consumo de bens e serviços. Assim, o bem-estar seria decorrente do consumo que é representado por uma saída de recursos (*outflow*). A renda percebida (*inflow*) é uma medida que é tomada em momento anterior à equação *renda – consumo – bem-estar* (ou renda psicológica) e, portanto, menos adequada a refletir a renda psicológica.⁸³

Parece também contestável que a renda consumida constituir-se-ia como a melhor medida de bem-estar em comparação com a renda percebida. A renda percebida pode ser consumida ou poupada, sendo que a renda poupada será futuramente consumida na compra de bens e serviços. Portanto, renda percebida é renda consumida mais renda poupada, que se transformará futuramente em consumo.

Observe-se ainda que não se deve desconsiderar a sensação de bem-estar decorrente da renda poupada. O cidadão opta por poupar para futuramente consumir ou mesmo para ter maior segurança quanto às suas futuras necessidades. Assim, mesmo a renda poupada traz uma sensação de bem-estar, adequando-se, neste aspecto, ao conceito de renda psicológica.

Também sob outra ótica a utilização da renda consumida como medida de bem-estar pode ser contestada. Veja-se o exemplo de um cidadão A, que consome 100 unidades em serviços, e outro cidadão B, que consome as mesmas 100 unidades.

Aparentemente, ambos apresentam a mesma renda psicológica, pois tiveram igual sensação com os gastos efetuados. Acrescendo-se um outro dado ao exemplo: o cidadão A efetuou seus gastos com viagens de lazer, enquanto B, com despesas hospitalares. Verifica-se que as sensações advindas dos serviços consumidos são bem diversas, o que demonstra a dificuldade em mensurar de forma precisa a renda psicológica de cada contribuinte.

⁸³ Conforme HOLMES, Kevin. op. cit., p. 48.

No entanto, parece, mesmo com as devidas ressalvas, que, frente à inexistência de melhor medida, os gastos com serviços e bens apresentam-se como forma que melhor se aproxima para mensurar a renda psicológica.⁸⁴

3.1.4.2. Acréscimo monetário de riqueza

Como acima verificado, o conceito fundamental de renda, baseado no sistema SHS, possui um segundo pilar.⁸⁵ Considera-se renda o acréscimo patrimonial mesmo que não-realizado. Segundo o defendido modelo, constitui-se renda “o aumento ou acréscimo do poder do indivíduo de satisfazer suas vontades em um determinado período, sendo que este poder consiste em (a) dinheiro propriamente dito ou (b) qualquer coisa susceptível de ser avaliada em dinheiro”.⁸⁶

Portanto, os ganhos não-realizados passíveis de serem avaliados em dinheiro constituem-se, conforme acima descrito, em renda, já que possibilitariam ao indivíduo satisfazer suas vontades, aumentando assim sua sensação de bem-estar.

Tem-se aqui outro campo fértil para críticas. O acréscimo patrimonial não-realizado não aumenta diretamente a capacidade do indivíduo em satisfazer as suas vontades, já que é aumento de patrimônio que não é convertido em dinheiro neste momento e, portanto, não pode ser utilizado no consumo de bens e serviços. Em contrapartida, parece inegável que o aumento do valor de um bem possuído pelo contribuinte gera um sentimento de satisfação, uma sensação de bem-estar.

Tal satisfação é diversa daquela gerada pelo consumo, pois não traz um sentimento de bem-estar imediato. Se se comparar a percepção de uma renda de 100 unidades consumida

⁸⁴ Id. Ibid., p. 47.

⁸⁵ A noção de acréscimo patrimonial decorre dos estudos desenvolvidos por Haig, que posteriormente foram incorporados pelo sistema SHS, onde o H faz remissão à letra inicial de seu nome. Conforme HOLMES, Kevin. op. cit., p. 60.

⁸⁶ Id. Ibid., p. 59. “The increase or accretion to one’s power to satisfy his wants in a given period so far as that power consists of (a) money itself, or, (b) anything susceptible of valuation in terms of money.”

em uma viagem de férias com a mesma renda de 100 unidades decorrente da valorização da residência de um mesmo contribuinte, parece ser inegável que a satisfação decorrente da renda monetarizada é maior do que aquela renda gerada pelo acréscimo patrimonial não-realizado. No entanto, ambos geram, em medidas diversas, uma sensação de bem-estar.

O bem-estar percebido pelo acréscimo patrimonial não-realizado assemelha-se àquele advindo da renda poupada, já que ambos poderão, futuramente, ser utilizados no consumo de bens e serviços.

O conceito de acréscimo patrimonial é particularmente importante na análise da tributação dos ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas na alienação de bens imóveis, matéria de extensa regulamentação, como será analisado no item *9.1. A tributação do ganho de capital na venda de imóveis*.

3.1.4.3. Renda imputada

A terceira questão que constitui o tripé do Modelo SHS refere-se à consideração como renda do benefício decorrente da utilização dos bens próprios do contribuinte. O conceito de renda é relacionado ao aumento do poder econômico do indivíduo, assim, deve-se verificar quais os meios que compõem este poder econômico em um determinado período de tempo.

O acréscimo do poder econômico não é só representado pelo aumento dos bens materiais, mas inclui aqueles meios que geram uma sensação de bem-estar. Como forma de mensuração prática deste acréscimo de poder econômico, o Modelo SHS sugere a consideração como renda do benefício advindo da utilização de bens próprios.

O indivíduo, ao utilizar um bem de sua propriedade, obtém um sentimento de satisfação, de bem-estar. Em termos ainda teóricos, deve-se questionar quais os benefícios decorrentes da utilização dos bens próprios que deveriam ser considerados como renda. A mensuração da renda imputada em decorrência da utilização da casa própria é de fácil compreensão. No

entanto, o mesmo não ocorre com outros benefícios percebidos pelo contribuinte, como, por exemplo, o bem-estar de plantar suas próprias verduras ou frutas em seu jardim.

A consideração da renda imputada no conceito fundamental de renda atende aos preceitos da equidade horizontal na medida em que atribui o mesmo tratamento a contribuintes em situação equivalente.⁸⁷

Como será discutido, adiante-se, a tributação da renda segundo a legislação vigente não admite a imposição de benefício advindo da utilização de bens próprios; e as razões que levam a esta conclusão serão expostas no item 3.2. *O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional.*

3.1.5. Síntese do conceito teórico de renda

A renda apresenta-se como valoração adequada para uma tributação justa, pois é a medida que mais se aproxima da sensação de bem-estar individual, que, por sua vez, deve ser objeto de tributação. Tem-se assim a seguinte equação que reflete a justiça na tributação:

$$\text{Tributação justa} = \text{Bem-estar} + \text{capacidade de pagamento} + \text{equidade} = \text{renda}$$

O conceito fundamental de renda, baseado no Modelo SHS, atende aos princípios fundamentais que levam a concluir que a renda seria a melhor medida para atingir os anseios de uma tributação justa. O tripé que suporta o conceito de renda fundamental pode ser assim apresentado:

$$\text{Renda} = \text{Consumo de bens e serviços} + \text{renda imputada} + \text{acréscimo patrimonial}$$

No entanto, as legislações dos diversos países não prevêm a definição exata do que seria a renda passível de ser tributada; por vezes tributam fatos e atos jurídicos que não

⁸⁷ Vide item 3.1.3. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda – a equidade.

configuram renda na forma acima analisada, outras vezes deixam à margem da imposição fiscal manifestações da renda efetivamente auferida pelo contribuinte.

3.1.6. A influência dos princípios tributários no conceito de renda

Os princípios tributários, de uma maneira global, moldam o conceito econômico de renda a fim de adequá-lo às legislações e aos anseios da sociedade quanto à necessidade de observância da capacidade contributiva, da segurança jurídica, da isonomia, dentre outros. Cumpre, assim, analisar, à luz desses princípios, se os alicerces que sustentam o conceito fundamental de renda são mantidos, de modo a preservar a tributação da renda conforme os seus pressupostos ou se tais princípios alteram o conceito de renda de maneira a desfigurá-lo a ponto de perder a conexão com aquelas bases que o fundamentam.

Joachim Lang enumera os princípios tributários que devem ser observados na análise do conceito de renda: a equidade e a igualdade, a certeza da lei, o direito à propriedade, os direitos à família e às quatro liberdades garantidas pelo tratado da comunidade econômica européia: livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital.⁸⁸

No mesmo sentido, baseando-se na legislação nacional vigente, em especial o art. 43 do Código Tributário Nacional, Ricardo Mariz de Oliveira enumera os princípios fundamentais que regem a tributação do imposto de renda. São eles: (i) o imposto de renda somente pode incidir sobre um acréscimo patrimonial; (ii) somente o acréscimo patrimonial disponível econômica ou juridicamente composto por rendas ou proventos podem ser tributados; (iii) é necessária a quantificação da base real do acréscimo patrimonial disponível, e na sua impossibilidade, permite-se o arbitramento pela lei ou a presunção da base de cálculo quando o contribuinte optar por sua apuração; (iv) deve-se observar a generalidade e a universalidade em relação às rendas e proventos, bem como devem ser aplicadas alíquotas progressivas; (v) a lei poderá prever o período em que se considerará o acréscimo patrimonial objeto da tributação pelo imposto de renda, desde que

⁸⁸ LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). op. cit., p. 3-8.

tenha ocorrido a disponibilidade da renda e dos proventos, observados os princípios anteriores; (vi) a tributação da renda deve observar o tratamento isonômico e a capacidade contributiva do titular do patrimônio; (vii) princípio da renda líquida; (viii) princípio da realização da renda.⁸⁹

Assim, a renda objeto de imposição fiscal seria diversa daquela originada das teorias econômicas, pois moldada pelas exigências de aplicação de princípios constitucionais e legais previstos no ordenamento. Ressalte-se que os princípios são relevantes para a compreensão do fato gerador do imposto de renda, conforme formatado pela legislação brasileira.⁹⁰ Neste momento, no entanto, é importante destacar que o conceito econômico de renda sofre alterações adequando-se à legislação vigente e aos princípios tributários que moldam uma tributação mais justa.

Assim é que para Wolfgang Gassner: “É preciso estar bem atento quanto aos limites da teoria econômica para o processo legislativo. A teoria econômica pode dar a racionalidade para os conceitos, para as regras específicas, mas deve estar sempre comprometida com os princípios fiscais como: certeza, conveniência, simplicidade administrativa e equidade, como já destacava Adam Smith”.⁹¹

Seguindo tal orientação, Joachim Lang, baseando-se nos princípios tributários vigentes na Alemanha, conclui que o conceito de renda deve abranger ou restringir-se ao seguinte: (i) renda decorrente do trabalho; (ii) a renda imputada não deve ser tributada; (iii) somente deve ser tributada a renda realizada; (iv) a renda fictícia não deve ser tributada; (v) dedução integral dos custos e perdas; (vi) adoção integral do regime de caixa; (vii) regras de divisão da renda familiar para equipar a tributação da renda individual (*splitting rules*); e (viii) o mínimo necessário à subsistência deve ser excluído da base tributária.⁹²

⁸⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 197-227.

⁹⁰ O que será mais detalhado no item 3.2. O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional.

⁹¹ GASSNER, Wolfgang. op. cit., p. 35: “He must have been fully aware of the limited values of economic theory for legislative process, therefore. Economic theory may give the rationale for the concepts and for specific rules, but will always have to compromise with tax principles such as certainty, convenience, administrative simplicity, and equity, as already highlighted by Adam Smith.”

⁹² LANG, Joachim. op. cit., p. 30-31.

Interessante é a crítica à aplicação dos princípios tributários, em especial a capacidade contributiva, na conceituação da renda, ou melhor, na qualificação dos rendimentos em benefícios como renda ou não. Para sustentar suas considerações, Wolfgang Gassner utiliza-se de exemplo baseado em um país fictício, Utopia, onde a tributação segue muito mais os princípios da praticabilidade e da simplicidade da tributação do que aqueles mais elevados, como a capacidade de pagamento e a equidade.

Com respeito ao princípio da renda líquida, que prevê a dedução integral dos custos e despesas necessários à geração de renda, exemplifica que, em Utopia, tributa-se em 10% os juros pagos a residentes, sem qualquer dedução, e pergunta: “Por que Utopia deveria ser forçada, com base no princípio da capacidade de pagamento, a instituir uma administração tributária para medir, com altos custos administrativos, a renda decorrente dos juros com base no princípio da renda líquida?”⁹³

As críticas efetuadas não deixam de ter seu valor, principalmente por relembrar a complexidade do sistema tributário em relação à arrecadação e aos custos necessários, tanto dos contribuintes como das autoridades fiscais, para fazer frente às obrigações acessórias de um sistema complexo.

Passa-se, a seguir, à análise das teorias fiscais, em contraposição às teorias econômicas, como designou Horacio Garcia Belsunce, que conceituam a renda, quais sejam: a teoria da renda-produto ou da fonte, a teoria da renda com acréscimo patrimonial e a teoria legalista.⁹⁴

3.1.7. Teoria do produto de uma fonte permanente

⁹³ GASSNER, Wolfgang. op. cit., p. 48.

⁹⁴ GARCIA BELSUNCE, Horácio A. *El concepto de credito en la doctrina y en el derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967. cap. 2. No mesmo sentido MACHADO, Hugo de Brito. O âmbito constitucional do tributo e alguns dispositivos da Lei nº 9.249, de 26/12/95. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. Colaboração de Andre Martins de Andrade et al. São Paulo: Dialética, 1996. v. 1, p. 82.

Alcides Jorge Costa expõe que a renda pode ser analisada sob a ótica da produção, da repartição ou do consumo, sendo a mais importante delas a da produção (teoria da fonte).⁹⁵ Entende-se por renda, segundo a referida teoria, os produtos de uma fonte permanente, deduzidos os gastos necessários à sua percepção, que se encontram disponíveis para o consumo. Caracteriza-se, portanto, a renda, pela periodicidade em que é auferida e pela preservação da fonte de sua produção.⁹⁶

A teoria da renda-produto, ou da fonte, como esclarece Horacio Garcia Belsunse, tem por origem as teorias econômicas que consideram a renda como produto derivado do capital. São três requisitos para a caracterização da renda segundo as referidas teorias econômicas: a) que haja uma riqueza nova; b) que provenha de uma fonte permanente – periodicidade e c) que seja preservada a fonte de geração de renda.

Dentre os seus maiores defensores encontra-se Edwin Seligman. Para o autor americano a renda é aquilo que ingressa no patrimônio do contribuinte, reduzidos os custos necessários para a sua aquisição e que se encontra disponível para o consumo. Excluem-se, assim, do conceito de renda os rendimentos esporádicos, mesmo aqueles que se constituam como acréscimo de capital.⁹⁷

Para Aliomar Balleiro a renda, na sua acepção renda – produto, é um “atributo quase sempre periódico, da fonte permanente da qual promana, como elemento novo criado e que com ela não se confunde”.⁹⁸ Destaca, no entanto, que dentro dessa corrente as teorias restritivas do conceito vêm perdendo a expressão, especialmente aquelas que exigem para a caracterização da renda os requisitos da periodicidade e da regularidade de uma fonte permanente, já que comumente são sujeitos à tributação rendimentos que dependem da liquidação do próprio capital ou patrimônio o que não seria admitido à luz das restritivas teorias da renda – produto.⁹⁹

⁹⁵ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 20-22.

⁹⁶ Conforme SELIGMAN citado por GARCIA BELSUNCE, Horácio. op. cit., cap. 2. p. 89.

⁹⁷ SELIGMAN, Edwin R. A. *The income tax*. New York, 1911. p. 19.

⁹⁸ BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 283.

⁹⁹ Conforme Id. *Ibid.*, p. 289.

Por fim, destaca o acima citado autor, baseando-se na doutrina alemã, que a teoria da renda – produto é mais adequada para suportar a tributação aplicável às pessoas físicas, enquanto a teoria da renda como acréscimo de capital, a seguir analisada, atende às necessidades de tributação das empresas.

O conceito de renda – produto possui um campo de abrangência mais restrito em relação à teoria que considera a renda como acréscimo patrimonial, tendo em vista afastar do conceito de renda os rendimentos e ganhos de capital. Modernamente, as legislações dos países que adotam a referida teoria prevêem dispositivos para alargar o campo de incidência a fim de sujeitar os referidos ganhos à tributação do imposto sobre a renda.¹⁰⁰ É, inclusive, o que acontece com a legislação nacional, como será analisado no item 3.2. *O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional.*

Assim, considerada a renda como produto de uma fonte permanente, como definido pela teoria da fonte, excluir-se-ia da tributação os rendimentos e ganhos de capital, as heranças e doações e as rendas imputadas.

3.1.8. Teoria do acréscimo patrimonial

A renda como acréscimo patrimonial, adotada de maneira peculiar pelo Código Tributário Nacional, consiste, conforme expõe Alcides Jorge Costa: “(1) no montante total recebido de terceiros durante o período, menos as despesas necessárias para a obtenção deste total; (2) no valor do consumo da pessoa, excluído o que for pago com a utilização do montante recebido de terceiros no período. Este valor inclui itens como o valor de uso dos bens duráveis de consumo, como a casa própria, e o valor dos bens e serviços de produção própria; (3) no acréscimo do valor dos ativos possuídos no período.”¹⁰¹

Como acima destacado, o conceito de renda como acréscimo patrimonial, na visão do autor, comporta a tributação da renda imputada. Tal conceito é o que mais se aproxima do

¹⁰⁰ GARCIA BELSUNCE, Horácio A. op. cit., cap. 2. p. 88.

¹⁰¹ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável, cit., p. 23.

conceito fundamental de renda, já que ambos comportam a renda consumida, a poupada, a renda imputada e os acréscimos patrimoniais não-realizados. Ocorre que por motivos práticos, a legislação normalmente exclui da tributação a renda imputada, bem como tributa o acréscimo patrimonial somente quando realizado.

Bulhões Pedreira esclarece que há quatro conceitos de renda, três econômicos e um financeiro, sendo este último o objeto do direito tributário, pois distribui entre as pessoas o poder sobre os recursos. Sob o ponto de vista econômico, esclarece o autor: “a) renda real é resultado do ato de consumo: consiste nos ‘serviços’ que o agente recebe ao usar os bens econômicos e que utiliza como meios para realizar seus fins e objetivos; b) renda produzida é o resultado líquido dos atos de produção, que transferem ‘serviços’ de recursos para bens econômicos; consiste, portanto, em bens econômicos; c) renda individual é o resultado dos atos de repartição da renda produzida pela sociedade: é poder de compra distribuído aos agentes com a intermediação da moeda; consiste, portanto, em moeda, ou o valor em moeda de bens econômicos.”¹⁰²

A renda financeira, objeto de imposição pelo direito tributário, seria o fluxo de direitos patrimoniais que crescem ao patrimônio do indivíduo; tais direitos patrimoniais são passíveis de serem avaliados em moeda e é este valor em moeda que compõe o conceito de renda. Fale-se, portanto, na noção de renda pessoal como participação na renda nacional.

Pode-se, assim, afirmar que o conceito de renda desenvolvido pelo autor, que se aproxima da teoria da renda como acréscimo patrimonial, comporta tanto a renda consumida em bens e serviços quanto os acréscimos patrimoniais realizados (já que há a transferência de direitos patrimoniais passíveis de serem refletidos em moeda). Note-se que, diversamente do conceito fundamental de renda, que considera renda os acréscimos patrimoniais não-realizados, pois trazem uma sensação de bem-estar, o conceito aqui exposto permite somente a inclusão dos acréscimos realizados, já que somente nestes estaria presente o requisito da transferência de direitos.

Da mesma forma, fica à margem do conceito de renda a renda imputada, pois não há transferência de direitos patrimoniais quando o contribuinte usufrui de seus próprios bens.

¹⁰² PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: JUSTEC, 1979. v. 1, p. 172.

No mesmo sentido, as transferências de capital, doações e heranças não seriam objeto de tributação se adotada a noção de renda pessoal como participação na renda nacional.¹⁰³

3.1.9. Teoria legalista

Segundo Belsunse, a teoria legalista surgiu em decorrência da dispersão e fusão das modernas teorias que visam conceituar a renda para dar a amplitude e simplificação que o sistema tributário exige.¹⁰⁴ A referida doutrina prevê que a renda seria aquilo que a lei define como tal. Como maiores expoentes desta corrente sempre são lembrados Rubens Gomes de Sousa, Dino Jarach e Giuliani Founrouge.¹⁰⁵

O texto de Rubens Gomes de Sousa, com base no qual o incluem como partidário da doutrina legalista, encontra-se nos *Estudos de Direito Tributário*, publicado em 1950. Veja-se o texto que traz a controvérsia:¹⁰⁶

“(...) veremos desde logo que é praticamente impossível aplicar essa definição ao caso do impôsto de renda sem subordinar essa aplicação ao regime legal positivo.”

E mais adiante:

“Por outro lado, procurar elaborar uma definição completa de rendimento, mesmo em função da lei brasileira, seria difícil e de resto excedente do programa deste trabalho: parece-nos suficiente, para fins do presente trabalho, indicar que o fato gerador do imposto de renda, no sistema brasileiro, consiste na disponibilidade econômica de uma importância de dinheiro ou susceptível de avaliação em dinheiro, proveniente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e compreendida na definição legal da incidência dos impostos

¹⁰³ Conforme COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável, cit., p. 27-29.

¹⁰⁴ GARCIA BELSUNCE, Horácio A. op. cit., cap. 2, p. 192-193.

¹⁰⁵ Zilveti inclui Gomes de Sousa como partidário da doutrina legalista. Conforme ZILVETI, Fernando Aurelio. O princípio da realização da renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1, p. 304.

¹⁰⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador do imposto de renda. In: _____. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950. p. 174-175.

cedulares ou do imposto complementar progressivo, em se tratando de pessoas físicas, ou na definição legal dos lucros tributáveis, em se tratando de pessoa jurídica.”

A afirmação de que Rubens Gomes de Sousa adota a doutrina legalista não se encontra fundamentada no texto acima transcrito. Quando o autor do anteprojeto do Código Tributário Nacional define renda como sendo aquisição de disponibilidade econômica proveniente do capital ou do trabalho ou da combinação de ambos, o fez de forma pragmática com a finalidade de simplesmente aceitar a definição constante na legislação para efeito de suporte aos estudos que seriam a seguir efetuados. Parece que a remissão que tal definição deva constar nas definições legais dos impostos cedulares e progressivos não limita o conceito de renda explanado, mas somente requer, pela observância ao princípio da legalidade, que tais definições constem no direito positivo.

Brandão Machado, ao escrever sobre o artigo 43 do Código Tributário Nacional, analisa a evolução legislativa que trouxe a atual redação, sendo expreso em afirmar que “abandonada a doutrina da propriedade econômica, que esteve presente na definição acadêmica que Rubens Gomes de Sousa deu do fato gerador do imposto de renda, mercê da grande influência de Jarach, inspirado este, por sua vez, no direito tributário alemão, voltou a mesma doutrina de novo a influir na explicação que, finalmente, veio a constituir o texto do art. 43 do Código”.¹⁰⁷ Note-se, portanto, a real filiação de Rubens Gomes de Sousa à doutrina da propriedade econômica.

O conceito legal de renda, na lição de Holmes, consiste na evolução de decisões de jurisprudências que moldaram, com base nos entendimentos dos tribunais ingleses, o conceito de renda para efeito legal. Não se trata de uma definição desprovida de fundamento, como se poderia entender do conceito legal de renda exposto acima, pelo qual o legislador conceitua renda de forma a atender às necessidades financeiras do Estado e seu ideal de eficiência do sistema tributário.

O conceito legal exposto pelo autor prevê que determinadas receitas e benefícios não seriam considerados renda. Tem-se, assim, o seguinte conceito de receitas e benefícios

¹⁰⁷ MACHADO, Brandão. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 119.

não-decorrentes do capital: (i) o rendimento necessita constituir um ingresso; (ii) o rendimento necessita ser convertido em dinheiro ou susceptível de avaliação em dinheiro; (iii) o rendimento precisa ser periódico ou de fluxo reiterado; e (iv) o rendimento deve ser decorrente de um esforço ou do produto de uma propriedade.

Com respeito aos rendimentos provenientes do capital, teríamos: (i) o rendimento precisa ser realizado; (ii) o rendimento deve ser separado de sua fonte produtora; e (iii) o rendimento requer um propósito ou motivo de obtenção de lucro.¹⁰⁸

A discussão acima é relevante para demonstrar que o conceito econômico de rendas e as teorias da renda-produto ou acréscimo patrimonial devem ser necessariamente considerados pelo formulador de política pública e pelo intérprete e aplicador da lei, já que tais conceitos, como se pretendeu demonstrar acima, fundamentam-se nos anseios de uma tributação mais justa e que venha a obter, da forma mais ampla possível, a aceitação de uma tributação tida como adequada pela sociedade.

Com foco nessas considerações, passa-se à análise da renda como positivada na legislação nacional.

3.2. O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional

3.2.1. A renda na legislação nacional

Conforme destaca Luís Eduardo Schoueri, o conceito de renda, para fins tributários, é matéria de grande controvérsia na doutrina que até hoje não está totalmente resolvida, como a seguir poderá ser constatado.¹⁰⁹

¹⁰⁸ HOLMES, Kevin. op. cit., p. 153.

¹⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto*

A atribuição de competência para tributação da renda está prevista na Constituição Federal em seu art. 153, competindo à União Federal instituir imposto sobre a *renda e proventos de qualquer natureza*. O imposto sobre a renda não poderá distanciar-se do conceito de *renda e proventos*, constitucionalizados pelo Texto de 1988; deve, assim, o legislador atentar aos referidos limites na sua instituição e regulamentação.¹¹⁰

A Constituição, ao estabelecer a repartição das receitas tributárias, o faz de forma rígida, de maneira que a competência para a instituição do imposto previsto deve ser atendida com a observância dos limites ali delineados; o legislador não é inteiramente livre para tributar o que se encontra fora da competência que lhe foi atribuída. Não se nega o fato de que o legislador pode e deve interpretar a Constituição; no caso do imposto de renda, goza de liberdade para definir o conceito de *renda e proventos de qualquer natureza*, mas não para criar imposição fiscal sobre aquilo que não se apresenta como renda ou proventos.¹¹¹

A tributação em geral recai necessariamente sobre o patrimônio do contribuinte, seja pela exteriorização da sua propriedade, seja pelo acréscimo de patrimônio. Para Roberto Quiroga Mosquera, a repartição das competências tributárias tomou como ponto de partida o patrimônio das pessoas, sendo este o critério utilizado pelo legislador constituinte para atribuir a cada ente federativo a competência para a instituição e cobrança tributária.¹¹²

A noção de *renda e proventos* deve relacionar-se, portanto, ao patrimônio do contribuinte, entendido como a universalidade de direitos reais, pessoais ou de crédito das pessoas físicas ou jurídicas.

O Código Civil em seus arts. 90 e 91 define a universalidade de bens de fato, como sendo a pluralidade de bens singulares que tenham destinação unitária e a universalidade de direito como o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. A universalidade de

de renda: alterações fundamentais. Colaboração de Andre Martins de Andrade et al. São Paulo: Dialética, 1996. v. 1, p. 142.

¹¹⁰ Vide nesse sentido MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza*: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996. p. 40-43. MACHADO, Brandão. op. cit., p. 112.

¹¹¹ Conforme MACHADO, Hugo de Brito. Os impostos imobiliários e a alteração da lei civil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 85, p. 82-83, out. 2002.

¹¹² MOSQUERA, Roberto Quiroga. op. cit., p. 89.

bens, de fato ou de direito, sempre é de direito na lição de Ponte de Miranda;¹¹³ esta noção deve, portanto, nortear o legislador federal na instituição da tributação sobre a renda.

A definição do fato gerador do imposto de renda consta do art. 43 do Código Tributário Nacional. Assim dispõe o art. 43:

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

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

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

A corrente, liderada principalmente por Brandão Machado,¹¹⁴ entende que o art. 43 adotou a teoria do acréscimo patrimonial; sustenta suas considerações com base na seguinte construção interpretativa.

Tem-se que renda, como definido no Código, é o acréscimo patrimonial decorrente do produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos. A afirmação de que renda é somente a renda que constitui um acréscimo patrimonial decorre da interpretação conjunta dos incisos do art. 43, pois o inciso II, ao definir proventos como sendo os acréscimos patrimoniais não-compreendidos no inciso I (onde se encontra a definição de renda), vincula necessariamente aquela definição à noção de acréscimo. Por sua vez, proventos seriam os acréscimos patrimoniais derivados de outras fontes que não o produto do trabalho ou do capital.¹¹⁵

Retomando a noção de patrimônio como a universalidade de direitos, pode-se afirmar que a renda objeto da tributação nos moldes do CTN, seria somente aquela que gera um acréscimo de direitos reais, pessoais ou de crédito ao patrimônio dos contribuintes, da mesma forma são proventos somente aqueles que geram acréscimos de direito ao

¹¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5, p. 367.

¹¹⁴ MACHADO, Brandão. op. cit. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. op. cit. e MACHADO, Hugo de Brito. Os impostos imobiliários e a alteração da lei civil, cit., p. 84.

¹¹⁵ Nesse mesmo sentido. MACHADO, Brandão. op. cit., p. 113-115.

patrimônio do contribuinte, os quais, como visto, decorrem de outras fontes que não o trabalho ou o capital.

Para que haja acréscimo de direito é necessário, portanto, que haja direito novo. Rubens Gomes de Sousa explicando o conceito de renda do art. 43, é enfático: “(...) o elemento essencial do fato gerador é a aquisição de disponibilidade de riqueza nova, definida em termos de acréscimo patrimonial. Essa circunstância – de tratar de riqueza nova – está implícita, no caso da ‘renda’, na palavra ‘produto’ (CTN, art. 43, I), que envolve a noção de algo novo produzido por, ou seja, decorrente de algo existente: (...)”¹¹⁶

Para Hugo de Brito Machado “sem acréscimo patrimonial não há, segundo o Código, nem renda nem proventos” e, em seguida, conclui que o CTN estreitou o âmbito de liberdade do legislador ordinário na definição de renda, já que dentre as opções possíveis escolheu definir renda como o acréscimo patrimonial.

Adotando entendimento similar, Luís Eduardo Schoueri afirma que “da leitura dos incisos I e II do dispositivo legal acima citado, já se verifica que o conceito de renda inclui, em seu bojo, a ocorrência de um acréscimo patrimonial.”¹¹⁷ Por fim, para que o presente estudo não se estenda ainda mais sobre a controvertida questão, é relevante citar a opinião de Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto e Ian de Porto Alegre Muniz.

Para os referidos autores, o inciso I do art. 43 adotou o conceito tradicional da legislação ordinária do imposto de renda (como a seguir é destacado por Alcides Jorge Costa), ficando evidenciada a tributação como renda da remuneração pelo trabalho ou pela prestação de serviços.¹¹⁸ O conceito tradicional seria o reconhecimento da renda como produto de uma fonte permanente, no entanto, mais adiante, destacam: “Na verdade o inciso II torna extensiva a idéia de acréscimo patrimonial à renda, definida no inciso I, quando diz ‘... proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior’, o que indica, de maneira clara, que a

¹¹⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 3: imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. p. 277.

¹¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil?*, cit., v. 1. p. 142.

¹¹⁸ SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Colaboração de Antônio Carlos Garcia Souza et al. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 6. (Caderno de Pesquisas Tributárias; v. 11).

espécie contemplada no inciso I também se caracteriza como sendo de acréscimo patrimonial (... ‘acrécimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.’).”¹¹⁹

Vê-se, assim, certa indecisão quando da explicação do inciso I, mas acabam por filiar-se à corrente que entende a renda como acréscimo patrimonial, nos termos da definição do CTN.

Outra questão que se coloca, se adotada a teoria acima referida, é qual o limite para definição do que venha a ser acréscimo patrimonial. Veja-se o exemplo da tributação na fonte do trabalho assalariado. É sabido que no caso de comprovação de despesas médicas, abatimento de dependentes e educação (estes últimos limitados pela legislação) o valor retido antecipadamente na fonte é restituído ao contribuinte, sob o fundamento de que não houve acréscimo patrimonial.¹²⁰ No entanto, deve-se indagar qual o limite que o legislador possui para definir se há ou não acréscimo patrimonial.

Para Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto e Ian de Porto Alegre Muniz, o conceito de acréscimo patrimonial deve ser visto sempre em relação a um período determinado, assim, é necessária para a sua caracterização *alteração para mais* em relação ao patrimônio anteriormente considerado.¹²¹ Não pode o legislador, a título de definir o que venha a ser acréscimo patrimonial, desvirtuar o conceito de modo a tributar a renda que não constitua certo aumento, mesmo que tal aumento se refira a um patrimônio ajustado.¹²²

Ocorre que a doutrina que entende que o CTN previu a tributação da renda exclusivamente como acréscimo patrimonial afasta do campo de incidência a renda decorrente de uma fonte permanente que não venha a representar um acréscimo patrimonial.

¹¹⁹ Id. Ibid., p. 9-10.

¹²⁰ Os referidos abatimentos podem também ser justificados como um favor fiscal atribuído pela legislação, sua exclusão não seria assim motivada pela ausência de acréscimo patrimonial.

¹²¹ SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. op. cit., p. 9.

¹²² Neste sentido Hugo de Brito Machado assevera: “É admissível, outrossim, a liberdade do legislador para estabelecer normas reguladoras da determinação do montante da renda, tendentes a evitar práticas fraudulentas. Não pode ele, porém, a esse pretexto, criar ficções legais absolutas. Nem pode, de qualquer outro modo, regular de tal forma a determinação da base de cálculo do imposto, que esse termine por ser devido sem que tenha ocorrido o fato *renda*, vale dizer *acrécimo patrimonial*.”, MACHADO, Hugo de Brito. O âmbito constitucional do tributo e alguns dispositivos da Lei nº 9.249, de 26/12/95, cit., v. 1. p. 85.

Desta forma, a teoria da renda como acréscimo patrimonial acaba por deixar sem explicação algumas formas de tributação normalmente adotadas pela legislação, como por exemplo: a de tributação do imposto de renda das aplicações financeiras e os rendimentos decorrentes de atividades exercidas por estrangeiros no país.

No que tange às aplicações financeiras (renda decorrente do capital), se adotada a renda como acréscimo patrimonial, sua tributação não seria admitida caso houvesse perda, em um mesmo período, que resultasse na apuração de redução patrimonial. Quanto à tributação na fonte sobre o rendimento auferido por estrangeiro, questiona-se como seria possível verificar se houve acréscimo patrimonial do contribuinte de fato, a fim de justificar a tributação da renda.

Em resposta a estas indagações, Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto e Ian de Porto Alegre Muniz, ponderam que a tributação na fonte seria um arbitramento facultado pelo art. 148 do CTN, pois tomaria como presunção de acréscimo patrimonial o rendimento percebido.¹²³

Alcides Jorge Costa, por sua vez, entende que o CTN adotou ambas as teorias para suportar a tributação da renda, a teoria da fonte seria objeto do inciso I do art. 43, ao definir a renda como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. A tributação da renda como produto de uma fonte permanente, ressalta o autor, é fórmula adotada pela legislação do imposto de renda desde a sua primeira previsão de imposição em 1922.¹²⁴

O inciso II, do art. 43, adota a teoria do acréscimo patrimonial, “mas de modo original, uma vez que, na doutrina do acréscimo patrimonial este é renda e não alguma coisa diferente”,¹²⁵ já que, na redação do inciso II, o acréscimo patrimonial seria somente aquele relativo a *proventos de qualquer natureza*.

Este parece ser também o entendimento de Rubens Gomes de Sousa que, ao defender a necessidade de geração de uma riqueza nova para a caracterização de renda, nos termos do

¹²³ SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. op. cit., p. 11-12.

¹²⁴ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável, cit., p. 23-27.

¹²⁵ Id. Ibid., p. 27.

disposto no CTN, demonstra que este algo novo produzido (riqueza) deve decorrer de algo existente, ou seja, uma fonte produtora. No caso de proventos também é necessária a geração de riqueza nova, que se caracterize como acréscimo patrimonial. Assim, para o autor, renda sempre há de ser algo novo, gerado por uma fonte permanente ou constituir-se em um acréscimo patrimonial.¹²⁶

Para Aliomar Baleeiro, o art. 43 do CTN sintetizou a dualidade que consiste na coexistência das duas principais teorias. Assim no mesmo dispositivo legal encontra-se a teoria da fonte, que se adéqua à imposição das pessoas físicas e à teoria do acréscimo patrimonial que melhor explica a tributação da renda das pessoas jurídicas.¹²⁷

Constata-se, como no início destacado, a falta de consenso na doutrina quanto ao conceito de renda eleito pelo Código. A renda como acréscimo patrimonial deixa sem explicação adequada a tributação, aceita há muito como válida, dos rendimentos tributados na fonte decorrente do capital e dos ganhos auferidos por estrangeiros no Brasil. Ademais, definir o acréscimo patrimonial de forma a descaracterizá-lo, como normalmente ocorre na legislação, é o mesmo que tributar o rendimento como renda decorrente do produto do trabalho ou do capital. Por outro lado, a renda como produto de uma fonte permanente encontra respaldo na sistemática atual do imposto de renda, bem como na evolução desta tributação no Brasil, que finda por melhor explicar as imposições há muito aceitas como válidas pelo fisco e pelos contribuintes.

Parece, portanto, que a busca da tributação da renda somente quando verificado o acréscimo patrimonial é salutar, pois melhor atende à capacidade contributiva e ao conceito fundamental de renda. No entanto, a renda-produto deve ser considerada em situações especiais onde o acréscimo patrimonial não possa ser adequadamente auferido.

O art. 43, como acima visto, traz discussões quanto à extensão do fato gerador do imposto de renda e da sua adequação aos limites impostos pela Constituição Federal para a tributação da renda, razão pela qual Brandão Machado sugere reforma urgente na sua redação “para que se cumpra o mandamento constitucional, pois também rigor de uma definição adequada do que pode ser o fato gerador e a base de cálculo e de quem é o

¹²⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 3: imposto de renda*, cit., p. 277.

¹²⁷ BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 291.

contribuinte do imposto de renda constituirá, na verdade, limitação ao arbítrio do legislador ordinário, que, por mais de vezes, subverteu o conceito de renda, por falta de uma definição.”¹²⁸ Esta, entretanto, é a redação vigente e deve-se interpretá-la conforme as normas do sistema tributário, assim, o fato gerador do imposto de renda, na previsão do art. 43, é tanto a renda decorrente do produto de uma fonte permanente (capital, do trabalho ou da combinação de ambos) como aquela decorrente de acréscimo patrimonial, desde que haja a geração de uma riqueza nova.

3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica de renda

A doutrina brasileira é também extensa quanto às discussões envolvendo a interpretação do que venha a ser *disponibilidade econômica ou jurídica*, prevista no *caput* do art. 43 do CTN.¹²⁹

A disponibilidade econômica ou jurídica é sempre relacionada com a disponibilidade de renda ou proventos. Falar, portanto, em disponibilidade de direitos é, nas palavras de Brandão Machado, de difícil explicação, tendo em vista que se há acréscimo de direito, este estará sempre disponível, já que se incorporará ao patrimônio do contribuinte. O referido autor faz uma profunda análise histórica da evolução do pensamento que norteou o projeto do Código Tributário, em especial das influências doutrinárias sofridas por Rubens Gomes de Sousa, quando da proposta da redação que originou o atual artigo do CTN, para explicar a razão da inclusão da expressão *disponibilidade econômica ou jurídica* no texto final do art. 43.

Filia-se, ao final, à corrente que entende que a expressão disponibilidade econômica ou jurídica “pode ser retirada sem qualquer prejuízo”¹³⁰ da definição do fato gerador do

¹²⁸ MACHADO, Brandão. op. cit., p. 124.

¹²⁹ AMARO, Luciano da Silva. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 343-409. (Caderno de pesquisas tributárias, v. 11). PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., v. 1, COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável, cit., p. 19-31. SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador do imposto de renda, cit. ZILVETI, Fernando Aurelio. op. cit., v. 1, p. 297-328.

imposto de renda.¹³¹ Isto porque só há acréscimo patrimonial e, portanto, renda, se houver acréscimo de direito, e só há acréscimo de direitos se estes encontram-se disponíveis para o contribuinte.

Viu-se que a renda exige a geração de riqueza nova,¹³² a qual para concretizar o fato gerador do imposto deve estar disponível jurídica ou economicamente. Na lição clássica de Rubens Gomes de Sousa, a disponibilidade econômica corresponde ao que os economistas chamam de separação da renda, caracterizando-se pela efetiva percepção do dinheiro ou outros valores (monetização da renda); por sua vez a disponibilidade jurídica apresenta-se como a realização da renda, ou seja, embora não esteja monetarizada (economicamente disponível) o contribuinte já possui título hábil para recebê-la.¹³³

Parte da doutrina distingue, a exemplo do parágrafo acima, a disponibilidade jurídica e econômica. Para Antonio Carlos Garcia de Sousa, Gilberto Ulhôa Canto e Ian de Porto Alegre Muniz, a disponibilidade econômica ocorre quando o contribuinte efetivamente possui o direito de tomar, usar, alienar bem ou direito, ou seja, quando há a monetização da renda; a disponibilidade jurídica apresenta-se quando, mesmo não tendo recebido fisicamente a coisa ou o direito, pode deles fazer uso por meio do domínio ou do contrato que lhe atribui este direito.¹³⁴

Note-se que uma forma de disponibilidade engloba sempre a outra; para que haja a disponibilidade caracterizada pelo efetivo recebimento do dinheiro pressupõe-se sempre o direito de dele dispor. Claro que o direito sobre os recursos pode acontecer de maneira prévia ao recebimento ou ser concomitante com o momento da monetização, mas sempre tem que estar presente. A mera disponibilização monetária não conforma a disponibilidade e é necessário que o contribuinte tenha o direito de dispor livremente dos recursos recebidos.

Adota-se, para efeito do presente estudo, a expressão disponibilidade econômica para identificar a renda efetivamente monetarizada e a jurídica para a renda, ainda não recebida

¹³⁰ MACHADO, Brandão. op. cit., p. 115.

¹³¹ Id., loc. cit. No mesmo sentido MOSQUERA, Roberto Quiroga. op. cit., p. 126.

¹³² Vide item 3.2.1. A renda na legislação nacional.

¹³³ SOUSA, Rubens Gomes de Sousa. *Pareceres 3: imposto de renda*, cit., p. 277.

¹³⁴ SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. op. cit., p. 5

pelo contribuinte, que dela possa fazer uso ou tirar proveito. Assim, exemplificativamente, o pagamento percebido à vista por um serviço prestado, uma venda mercantil realizada ou um imóvel vendido é considerado renda disponível economicamente. Por outro lado, um recurso recebido como adiantamento para venda de máquinas, ou o depósito recebido para a venda de um imóvel sujeito à análise futura da documentação não se encontra disponível, já que o contribuinte não pode livremente dele dispor.

Ainda, o direito ao recebimento de serviço prestado, mercadoria ou imóvel vendido encontra-se disponível juridicamente, visto que dele o contribuinte pode fazer uso, por meio de cessão do crédito, desconto do valor junto ao mercado financeiro ou garantia de operações de financiamento. Da mesma forma, o crédito decorrente de um contrato pelo qual o contribuinte deve ainda executar o serviço, entregar a mercadoria ou construir o imóvel não deve ser considerado como renda disponível.

3.2.3. Princípios gerais, princípios aplicáveis ao direito tributário e critérios informadores do sistema

Conforme anteriormente exposto,¹³⁵ os princípios tributários moldam, de uma maneira global, o conceito econômico de renda visando adequá-lo aos preceitos de uma tributação mais justa. Adicionalmente, a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, ao definir, respectivamente, a competência para a tributação da renda e o fato gerador do imposto, introduzem alguns outros princípios que devem ser observados pelo legislador ordinário na imposição fiscal.

A profusão de princípios tributários, a ponto de meras regras serem elevadas à categoria de fundamentos do sistema, deve ser combatida.¹³⁶ Essa *epidemia de princípios*, no entanto, não pode limitar o intérprete aos poucos princípios nominados na Constituição Federal, sob pena de ignorar a complexidade e as especificidades das situações reguladas pelo ordenamento e os fundamentos que dali emanam. Válido lembrar a lição de Eros Roberto

¹³⁵ Vide item 3.1.6. A influência dos princípios tributários no conceito de renda.

¹³⁶ Conforme ressaltado no item 2.4. Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância.

Grau para quem os princípios são descobertos no ordenamento jurídico, estão ali em estado de latência no direito posto, caberá, portanto, ao intérprete resgatá-los.¹³⁷

Buscar-se-á alcançar o equilíbrio entre as duas posições acima mencionadas. Este tênue equilíbrio será sempre sujeito a críticas que poderão ser reduzidas se os princípios apontados atenderem aos critérios de generalidade, de proximidade da idéia de direito e de fundamentação de normas que caracterizam sua posição distinta no ordenamento jurídico.¹³⁸

Para efeito deste estudo será adotada a seguinte classificação de princípios: princípios constitucionais, princípios de direito tributário e critérios informadores do sistema. A classificação escolhida privilegia a força vinculante dos princípios em relação às normas do sistema, da mesma forma leva em conta a natureza das normas que originam os princípios, o que se reflete na maior ou menor abrangência das suas disposições.

Por princípios constitucionais entendem-se os princípios fundamentais constantes formalmente do Texto Constitucional, sejam aqueles de origem tributária, os presentes na ordem econômica constitucional, sejam ainda os identificados na ordem social.

Serão classificados como princípios de direito tributário as normas e valores que atribuam coerência e unidade à tributação; são princípios que constam normalmente das normas imediatamente inferiores à Constituição Federal, primordialmente na legislação complementar. São disposições aplicáveis a toda a tributação ou, ainda, a um imposto específico; devem sempre atender à generalidade, à proximidade com a idéia de direito e servir de fundamento para outras disposições e normas do sistema.

Os princípios de direito tributário devem ser sempre observados pelo legislador na produção normativa e pelo aplicador do direito na interpretação do texto legal, sob pena do dispositivo analisado ser considerado ilegal. Como exemplo, cite-se a norma que impõe a tributação do imposto de renda sobre valores ainda não disponíveis para o contribuinte; tal disposição afrontaria o princípio que permite tributar somente a renda disponível,

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed., cit., p. 149.

¹³⁸ Vide item 2.4. Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância.

encontrado na definição do fato gerador do imposto de renda do art. 43 do Código Tributário Nacional.

Nessa categoria poderão, ainda, ser identificados princípios que não constem explicitamente de uma disposição legal, mas que emergem da análise de disposições normativas adotadas no ordenamento. É o que ocorre, por exemplo, com a praticabilidade da tributação, valor que fundamenta e justifica várias das formas de tributação adotadas pela legislação fiscal.

Por fim, pretende-se identificar critérios que informem o sistema normativo objeto do presente estudo. Diferenciam-se os critérios informadores dos princípios de direito tributário pelo fato de sua observância pelo legislador não ser obrigatória, a exemplo do que ocorre com os princípios constitucionais ou os princípios de direito tributário. O legislador tem a faculdade de optar por um determinado critério que venha a informar o sistema; é o que ocorre com a tributação da renda imobiliária, reconhecida em grande parte pelo regime de caixa. A opção por um ou outro regime de reconhecimento de receita em nada afronta os princípios constitucionais ou os princípios de direito tributário, apresentase, por outro lado, como um critério escolhido pelo legislador que informa uma das normas que versam sobre determinada situação.

Ressalte-se que, escolhido um critério como informador do sistema, o legislador perde a mencionada liberdade inicial de escolha; passa a ser limitado pela própria opção efetuada. As novas disposições deverão observar a escolha efetuada sob pena de ruptura do sistema.¹³⁹ Da mesma forma, o intérprete deverá identificar os critérios informadores para auxiliá-lo na interpretação da norma tributária.

Pela sua natureza, os critérios informadores diferentemente do que ocorre com os princípios constitucionais e os princípios de direito tributário, encontram-se normalmente implícitos no ordenamento, não constam de uma norma expressa que claramente os eleve a essa condição; decorrem freqüentemente da disposição de várias normas que seguem todas em uma mesma direção, a ponto de explicitarem um valor que fundamenta o sistema.

¹³⁹ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 520.

Destaque-se, ainda, que vários dos princípios a serem citados têm seu fundamento último em postulados maiores do ordenamento jurídico. São assim, sob determinado ponto de vista, o mesmo princípio, mas apresentado de forma diversa. O legislador ao regular determinada situação edita a norma seguindo uma das várias opções disponíveis que estão, em tese, conforme o ordenamento. Esta norma pode apresentar-se como um princípio ou um critério informador, que acaba por concretizar aquela diretiva maior normalmente constitucional.

Há assim diferentes alternativas possíveis a serem utilizadas, mas, como acima destacado, na medida em que o legislador opta por uma delas, deve segui-la como fundamento das demais normas e regras do sistema, sob pena de não atingir a unidade e coerência exigida pelo ordenamento jurídico e em última instância afrontar a igualdade.¹⁴⁰

Assim sendo, não se podem colocar todos os princípios em um mesmo patamar, pois eles diferenciam-se pela sua abrangência e pelo seu grau de vinculação com as normas do ordenamento.

Não se pretende exaurir a identificação da totalidade de princípios que se relacionam com a tributação sobre a renda, mas identificar alguns que, mesmo antes da análise das normas tributárias que versam sobre as operações imobiliárias, se apresentam relevantes para o presente estudo.

Apresentam-se, a seguir, de maneira breve, os princípios e critérios aplicáveis.

Princípios constitucionais em sua feição relacionada à renda:

A equidade ou igualdade aplicável à tributação da renda. Segundo a lição de Klaus Tipke,¹⁴¹ o sistema tributário busca a tributação justa que tem na igualdade sua maior expressão; esta, por sua vez, só é adequadamente atingida com a tributação da renda, que seria a medida mais justa para alcançar a capacidade econômica do contribuinte. Deve-se, assim, na tributação do imposto de renda observar os limites impostos pelo conceito de

¹⁴⁰ Conforme Id., loc. cit.

¹⁴¹ TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, cit., p. 63.

renda conforme definido pelos economistas, a fim de tributar somente aquelas receitas e aqueles rendimentos que se apresentam como renda.

Ainda, na definição de qual renda ficará sujeita à tributação, a igualdade deve também ser observada, com vistas a atender ao tratamento isonômico tanto entre os contribuintes que se encontram em situação similar como aqueles que se encontram em situação diversa, na medida de sua desigualdade.

A certeza da lei ou princípio da legalidade. Sua observância é fundamental em qualquer imposição fiscal. Ganha relevo na tributação da renda dada a complexidade na apuração da base de cálculo do imposto, seja na pessoa jurídica (lucro real, presumido ou arbitrado) seja na pessoa física, o que, se não aplicado, pode gerar acréscimos de rendimentos à renda do contribuinte que não encontram suporte na lei.

Direito social à moradia. Constante do art. 6º da Constituição Federal, recém-incorporado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Prevê a moradia como um direito social essencial do cidadão. O Estado deve implementar políticas econômicas que visem possibilitar a obtenção da casa própria. Não se trata de um princípio tributário, no entanto sua menção é de grande importância para este estudo.

A legislação tributária deve assim ter em conta a concretização deste objetivo, em especial quando regula atos e fatos que se relacionem diretamente com imóveis residenciais e de baixa renda. Não se trata, como acima afirmado, de um princípio tributário, mas de um direito do cidadão que deve nortear as políticas do Estado dentre as quais a tributária; este direito fundamental justifica e fundamenta várias das normas fiscais que serão analisadas nos capítulos seguintes.

Princípios da generalidade, universalidade e progressividade. A Constituição Federal, ao definir a competência tributária da União para a imposição da renda, determinou que o imposto seja informado pelos critérios de generalidade, universalidade e progressividade, na forma da lei.

Por generalidade entende-se que o imposto deve tratar por igual todo e qualquer tipo de renda ou provento, aproximando-se do que prescreve o princípio geral da isonomia, mas de

forma específica quanto à renda, de maneira a impedir um tratamento diferenciado em relação ao fato gerador do imposto.¹⁴²

A universalidade exige que seja objeto da tributação toda a renda do contribuinte, sem fracionamento e sem distinção quanto às diferentes espécies de renda e proventos.¹⁴³

Por fim, a progressividade, aplicável ao imposto de renda, determina que este deve prever alíquotas progressivas em função do aumento da renda tributável do contribuinte.

Princípios gerais de Direito Tributário:

Praticabilidade da tributação. Deve o imposto de renda observar a praticabilidade da tributação, em especial em relação aos contribuintes de baixo poder aquisitivo e às empresas de pequeno e médio porte, atendendo ainda à recomendação de tratamento diferenciado às referidas empresas e à livre concorrência estabelecida pelos arts. 170, incisos IX e IV da Constituição Federal.

Tributação da renda – necessidade de geração de riqueza nova. O conceito econômico de renda, bem como o art. 43 do Código Tributário Nacional determinam que somente há renda quando da geração de riqueza nova para o contribuinte. Deve-se, desta forma, sempre indagar se nas hipóteses concretas previstas pela legislação o rendimento tributado gera riqueza nova para o contribuinte.

Tributação da renda disponível. Somente pode ser tributada a renda disponível econômica ou juridicamente, entendida como aquela renda efetivamente monetarizada ou quando o contribuinte possui direitos à sua livre utilização.

Critérios informadores:

Tributação da renda - acréscimo patrimonial. O imposto de renda deve sempre perseguir a tributação da renda que caracterize um acréscimo patrimonial ao contribuinte, quando, inclusive, melhor se verificará a geração de riqueza nova.

¹⁴² Conforme OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. op. cit., p. 213-215.

¹⁴³ Conforme Id., loc. cit.

Tributação da renda real – quantificação. A quantificação da renda ou proventos deve observar sempre a renda real, aquela que reflete o exato montante da renda disponível para o contribuinte. No caso das pessoas jurídicas, a apuração do lucro real deve pautar-se pela conformação jurídica dos atos e fatos praticados e não por sua repercussão econômica.¹⁴⁴ Mesmo na tributação presumida, o conceito de renda deve ser observado a fim de impor racionalidade a esta forma de apuração da base de cálculo.¹⁴⁵

Renda líquida. Somente a renda líquida deve ser tributada, excluindo-se da tributação os valores necessários à geração da renda e o mínimo necessário à subsistência. O princípio da renda líquida apresenta-se como uma concreção do princípio da capacidade contributiva.¹⁴⁶

Realização da renda. A sua principal característica é garantir que somente a renda separada do patrimônio do contribuinte possa ser objeto de imposição fiscal.¹⁴⁷ Para que a renda seja considerada realizada e, conseqüentemente, constitua um acréscimo de riqueza para o contribuinte, é necessária a observância dos seguintes requisitos: (i) a sua conversão em direitos acresça o patrimônio da pessoa jurídica; (ii) essa conversão se efetue mediante troca de mercado; (iii) a pessoa jurídica já tenha cumprido as obrigações que para ela nascem dessa troca; e (iv) os direitos recebidos na troca tenham valor mensurável. Note-se que o princípio da realização aproxima-se da tributação da renda disponível; presta-se, no entanto, a detalhar quando a renda é efetivamente realizada.

Decorre da realização o *critério do emparelhamento das receitas com as despesas* que determina que somente devem ser reconhecidas as receitas na mesma medida do reconhecimento das despesas a elas diretamente relacionadas.

¹⁴⁴ Vide nesse sentido discussão efetuada no 4.1. A base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas – o lucro líquido do exercício como ponto de partida para o lucro real

¹⁴⁵ Vide item 4.4. Tributação presumida da pessoa jurídica.

¹⁴⁶ Conforme TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, cit., p. 521.

¹⁴⁷ Conforme ZILVETI, Fernando Aurélio. op. cit., v. 1. p. 314.

3.3. Síntese do terceiro capítulo

Sobre o exposto nos itens precedentes, pode-se fazer as seguintes ponderações:

(i) a tributação da renda é adotada na maioria dos países desenvolvidos, sendo aceita como grandeza adequada para a tributação que melhor atende aos princípios de justiça e equidade, tendo em vista apresentar-se como o indicador que mais se aproxima da manifestação do bem-estar;

(ii) o conceito econômico de renda (renda = consumo de bens e serviços + renda imputada + acréscimo patrimonial), baseado no ideal de uma tributação mais justa traz racionalidade à conceituação de renda e segurança ao contribuinte contra as influências de ordem política na imposição tributária em geral e, em especial, da renda;

(iii) o objetivo último da tributação do bem-estar, refletido no consumo de bens e produtos, no acréscimo patrimonial mesmo que não-realizado e na renda decorrente da utilização de bens próprios (renda imputada), ou seja, no conceito fundamental de renda, é moldado pelos princípios tributários. Assim, a renda objeto de tributação sofrerá as adequações necessárias para atender aos princípios tributários de cada país, nunca, no entanto, para alargar seu campo de incidência, é dizer para incluir receitas ou rendimentos que se encontram fora do conceito de renda;

(viii) a definição de renda escolhida pelo art. 43 do Código Tributário Nacional é objeto de debate na doutrina, não havendo consenso quanto aos seus limites. A renda como acréscimo patrimonial foi privilegiada pelo Código, no entanto determinadas imposições fiscais somente são explicadas se adotada a renda como produto de uma fonte permanente, desta forma pode-se afirmar que a definição legal de renda abrangeu tanto a teoria do acréscimo patrimonial como a teoria da fonte;

(iv) a disponibilidade econômica ou jurídica, que integra a definição do fato gerador do imposto de renda, deve ser entendida como o acréscimo ou disponibilidade sempre de

direitos, de maneira que somente quando houver a aquisição de direitos se caracterizará a tributação da renda.

(v) será utilizada classificação dos princípios que considera sua força vinculante em relação às demais normas do sistema, assim optou-se por separar os princípios em: princípios constitucionais, princípios de direito tributário e critérios informadores do sistema;

(vi) os princípios constitucionais são aqueles constantes da Constituição Federal, não somente os de ordem tributária, mas também da ordem econômica e social que de alguma forma fundamentem as normas que serão analisadas na parte especial do presente estudo;

(vii) os princípios de direito tributário são normas e valores encontrados no sistema que fundamentam a matéria tributária em geral ou um imposto em especial; são em sua maioria extraídos das normas complementares, têm sua observação, na grande maioria dos casos, como obrigatória pelo legislador e pelo aplicador da lei;

(viii) como critérios informadores do sistema serão classificados os valores que fundamentam as normas que versam sobre a tributação da renda em geral e da renda imobiliária em especial. São valores extraídos da análise da sistemática adotada pelas referidas normas não sendo encontrados de forma expressa no ordenamento;

CAPÍTULO IV - O IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS JURÍDICAS – LUCRO REAL E LUCRO PRESUMIDO E O GANHO DE CAPITAL DAS PESSOAS FÍSICAS

4.1. A base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas – o lucro líquido do exercício como ponto de partida para o lucro real

O lucro real, uma das bases de cálculo para o imposto de renda das pessoas jurídicas eleita pelo CTN em seu art. 44,¹⁴⁸ tem como ponto de partida para a sua apuração o lucro líquido do exercício, nos termos do prescrito pelo art. 6º do Decreto-lei nº 1.598/77, assim redigido:

“Art. 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1º - O lucro líquido do exercício é a soma algébrica de lucro operacional (art.11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.”

A apuração do lucro real tem como pressuposto alcançar o lucro líquido do exercício, este por sua vez definido como a soma algébrica dos resultados operacionais, não-operacionais e das participações.¹⁴⁹ A definição do lucro líquido, essencial para o conhecimento do lucro real, apesar de constar da lei tributária, vale-se de conceitos positivados da legislação

¹⁴⁸ O Código Tributário Nacional em seu art. 44 elegeu como base de cálculo para o imposto de renda das pessoas jurídicas além do lucro real, o lucro presumido e o lucro arbitrado.

¹⁴⁹ Conforme art. 248 do RIR/99.

comercial,¹⁵⁰ o que implica a necessidade de análise daqueles dispositivos para a quantificação da base de cálculo do imposto.

Nesse sentido, Bulhões Pedreira constata que o “lucro real é, portanto, apurado segundo a lei comercial, com os ajustes previstos na legislação tributária.”¹⁵¹ Para o autor, se a legislação tributária não contiver norma especial impondo ajustes no lucro líquido, a legislação comercial deverá prevalecer, mesmo que para efeitos fiscais, já que o § 1º, do art. 6º, do Decreto-lei nº 1.598/77, segundo o autor, procedeu à integração na legislação tributária das normas da lei comercial, ao determinar que o lucro real é apurado mediante ajustes do lucro líquido.¹⁵²

Para a compreensão dessa discussão é interessante a análise das normas que antecederam o Decreto-lei nº 1.598/77.

4.1.1. Breve histórico da evolução da relação ente lucro contábil e lucro fiscal

Na vigência do Decreto-lei nº 5.844/43,¹⁵³ o imposto de renda adotava como base de cálculo, a exemplo do que ocorre hoje, o lucro real. Este, por sua vez, era calculado segundo o balanço e a demonstração da conta de lucros e perdas devendo o contribuinte escriturar seus livros na forma estabelecida pela legislação comercial, em especial os arts. 11 a 14 do Código Comercial e o Decreto-lei 2.627/40, lei das sociedades anônimas que continha as disposições da natureza contábil.¹⁵⁴

¹⁵⁰ O art. 177 da Lei nº 6.404/76 determina que a escrituração das companhias deverá observar os preceitos da lei das Sociedades Anônimas, da legislação comercial e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos.

¹⁵¹ PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões, op. cit., v. 1. p. 223.

¹⁵² Id. Ibid., p. 227.

¹⁵³ Para um histórico da legislação do imposto de renda anterior a 1943, vide trabalho de autoria de CORREA, Walter Barbosa. Subsídios para o estudo da história legislativa do imposto de renda no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda*: em memória de Henry Tilbery. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 247-260.

¹⁵⁴ Conforme SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1952. p. 258-262.

O lucro real tinha como ponto de partida o balanço dos contribuintes, sofrendo deduções e acréscimos prescritos pelos arts. 37 e 43 do citado decreto-lei. Com o advento do Decreto-lei nº 1.598/77 a situação não se alterou substancialmente, já que o referido diploma legal adota a observância dos preceitos da legislação comercial e dos princípios de contabilidade para a apuração do lucro líquido, base de cálculo inicial para o lucro real.

Verifica-se, portanto, que a utilização dos preceitos da legislação comercial para a apuração do lucro fiscal é mecanismo tradicionalmente utilizado pela legislação fiscal para a tributação do lucro das empresas pelo imposto de renda. Com o advento da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2.007, esta sistemática foi sensivelmente modificada, como a seguir será analisado.

4.1.2. A expressão do Lucro Real – o mito do lucro real

Merece, ainda, considerações a expressão utilizada pela legislação tributária na eleição da base de cálculo do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas.

O lucro real é uma aproximação do rendimento disponível da pessoa jurídica e não constitui, como poderia denotar tal denominação, o lucro verdadeiro. Trata-se em grande parte de ficção jurídica, pois tem como pressupostos na sua apuração valores estimados pela legislação e aceitos pelo fisco e contribuinte como suficientemente adequados para o cálculo do lucro líquido e, conseqüentemente, do lucro real.

Não se trata de discutir os critérios de reconhecimento nas demonstrações financeiras dos atos e negócios praticados pelas empresas, discussão esta que será efetuada nos itens subseqüentes, mas sim de alertar para o fato de que a própria apuração do lucro líquido se utiliza de presunções, por vezes distantes da realidade, que acabam por se refletir na construção da base de cálculo do imposto de renda.

Como exemplo, cite-se os percentuais de depreciação de bens que, estimados pela legislação fiscal, são aceitos como valores que se aproximam, mas não constituem a

realidade do desgaste ocorrido nos bens do ativo imobilizado das empresas. Um veículo com mais de cinco anos de uso ainda funciona, pode ser normalmente utilizado nas atividades empresariais; no entanto, para fins contábeis e fiscais, passados os 60 meses, o valor do seu custo é zero, já que sua taxa de depreciação é de 20% ao ano.¹⁵⁵

Apesar de pouco debatida, a questão não é nova. Fran Martins assim abordou o assunto: “Não se desconhece que a lei tributária pode criar ficções jurídicas, como faz o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/77, ao definir como *lucro real* o lucro líquido do exercício ajustado por adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. Não é, porém, de boa técnica legislativa confundir o que pode ser estabelecido de modo claro, preciso, sem distorções da verdade natural nem prejuízo para o objetivo colimado. As parcelas que se apuram como tributáveis pela legislação do imposto de renda não são, na verdade, *reais* como valores líquidos resultantes da exploração empresarial. Constituem valores apurados segundo critérios fiscais que, pela orientação legislativa adotada, identificam capacidade contributiva ou na medida que se deve exigir o tributo do empresário.”¹⁵⁶

José Casalta Nabais denomina a apuração do lucro das pessoas jurídicas de *mito do rendimento real*. Ele explica que o lucro líquido é composto de rendimentos normais, que teriam como base a apuração de valores mais em termos de uma normalidade do que em termos da exata e rigorosa realidade. E conclui: “Pois a própria contabilidade em que se assenta tem por base múltiplos pressupostos mais construídos, ficcionados, do que verificados. Se é que a procura do rendimento real, através do apuramento contabilístico da base tributável, não é puro mito, uma vã glória, em que só os contabilistas verdadeiramente acreditam, como observou *Luigi Einaudi*. Aliás, um entendimento do princípio da tributação pelo rendimento real, a ser levado à risca ou demasiado sério, conduziria mesmo à conclusão de que o próprio rendimento real, apurado com base na contabilidade, porque ainda assim afastado da realidade, não satisfaria a exigência constitucional da tributação pelo rendimento real.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Conforme disposto no art. 310 do RIR/99.

¹⁵⁶ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2. t. 2, p. 564.

¹⁵⁷ NABAIS, José Casalta. *Por um estado fiscal suportável*: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005. p. 374-375.

De fato, o lucro líquido apurado segundo a legislação comercial e os princípios contábeis possui algumas presunções que são aceitas pela legislação fiscal, já que não são objeto de ajustes, por meio de adições, exclusões ou compensações, na apuração do lucro real, o que, ao final, implica a apuração de uma base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica em parte ficta. É necessário, portanto, verificar constantemente se estas presunções afetam a formação da base de cálculo do imposto de renda a ponto de infringir o fato gerador do imposto previsto no art. 43 do CTN.

4.1.3. Regime contábil e sua relação com o regime tributário

Até a edição da Lei nº 11.638/07 o lucro apurado segundo a legislação comercial e os princípios de contabilidade geralmente aceitos aproximava-se, com alto grau de identidade, do lucro do exercício. Razão pela qual era pacífico o entendimento que as normas comerciais e os preceitos contábeis estariam integrados na legislação tributária. Veja-se o comentário de Ricardo Mariz de Oliveira: “Até agora o balanço patrimonial representava fielmente na contabilidade o conjunto de direitos, incluindo direitos de propriedade, relacionados a bens corpóreos ou incorpóreos, direitos de crédito e todos os demais direitos de qualquer natureza, além das obrigações da pessoa jurídica, compondo assim o seu patrimônio, segundo a definição de patrimônio dada pelo art. 57 do Código Civil de 1916. Quer dizer, o patrimônio líquido constante do balanço patrimonial, e representado pela diferença entre o ativo e o passivo, era consistente com a definição legal de patrimônio, assim como os componentes deste eram encontrados no ativo e no passivo do balanço.”¹⁵⁸

Ao aceitar a referida integração, e a conseqüente obrigatoriedade da observância das normas comerciais e contábeis para a apuração do lucro fiscal, deve-se necessariamente concluir que o cálculo do imposto de renda é, assim, afetado pelas modificações de conceitos contábeis e comerciais que viessem a impactar a apuração do lucro líquido. Antecipe-se que tais alterações são normalmente divulgadas por meio de pronunciamentos

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Breves comentários sobre a Lei nº 11.1638 e suas implicações no âmbito tributário*. Disponível em: <www.advocaciamarizdeoliveira.com.br>.

contábeis, emanados por órgãos reguladores, não só alheios às preocupações atinentes à matéria fiscal, mas também desprovidos de legitimidade para regular a imposição tributária.

O art. 177 da Lei nº 6.404/76, ao prever que a escrituração das companhias observará os princípios de contabilidade geralmente aceitos, acabou por incorporar ao ordenamento jurídico as referidas normas contábeis. Essa é a opinião de Nilton Latorraca: “A Lei nº 6.404 introduziu normas de direito comercial sobre princípios de contabilidade a serem adotados para efeito de elaborar as demonstrações financeiras que servirão de base à prestação de contas da administração e ao pagamento de dividendos. São normas contábeis e, portanto, normas técnicas, mas nem por isto perdem seu caráter de normas jurídicas.”¹⁵⁹

Ocorre que os princípios contábeis geralmente aceitos são normas convencionais que se alteram no tempo, pois se baseiam na utilização generalizada de critérios contábeis desenvolvidos pela classe dos contabilistas. Sua mutação conforme o tempo é destacada por vários autores:

Fran Martins assim pontua: “A aceitação de um princípio, porém, não significa a sua imutabilidade. A técnica contábil evolui ao compasso de novos fatos socioeconômicos, modificações na legislação, idéias ou conceitos teóricos novos, provocando a substituição ou o abandono de um princípio considerado aceito.”¹⁶⁰

Para Modesto Carvalhosa: “É consenso geral que os princípios de contabilidade assentam em conceitos fundamentais derivados da experiência que se acumula à medida que os negócios se desenvolvem no contexto econômico, e a elas se adaptam os conceitos jurídicos, financeiros e mesmo políticos.”¹⁶¹

Ter-se-ia, assim, segundo a doutrina acima exposta, que o lucro líquido apurado com observância da legislação comercial e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos seria mutável conforme o passar do tempo e de acordo com a evolução dos conceitos

¹⁵⁹ LATORRACA, Nilton. *Direito tributário: imposto de renda das empresas*. Atualizada até 31 de dezembro de 1999, por Rutnéia Navarro Guerreiro e Sérgio Murilo Zalona Latorraca. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 251.

¹⁶⁰ MARTINS, Fran. op. cit., v. 2, t. 2, p. 556.

¹⁶¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: artigos 138 a 205*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 634.

econômicos e financeiros. Não haveria, portanto, um tipo fechado na definição e na apuração do lucro líquido, cabendo às normas de direito comercial e aos princípios contábeis a sua determinação. O que, como a seguir será analisado, não condiz com os princípios que norteiam a tributação da renda.

4.1.3.1. As divergências entre os preceitos da legislação comercial, os princípios contábeis e o fato gerador do imposto de renda

Os dispositivos da legislação comercial, bem como os princípios contábeis que norteiam a apuração do lucro líquido podem, como mais adiante se demonstrará, colidir com a determinação da legislação fiscal de tributar o acréscimo patrimonial ou a renda jurídica ou economicamente disponível. Por esta razão a legislação vigente até a edição da Lei nº 11.638/07 previa a possibilidade de ajuste no lucro líquido mediante a adição, exclusão ou compensação dos valores que afetassem de maneira positiva ou negativa o resultado contábil e que não estivessem em consonância com as normas fiscais que regem a tributação da renda.

Nesse sentido, a Lei das Sociedades Anônimas, na redação do parágrafo 2º, do art. 177, modificado pela Lei nº 11.638/07, previa a possibilidade de as empresas utilizarem registros auxiliares para proceder à adequação das disposições da lei tributária, bem como das disposições de lei especial sobre a atividade que constitui seu objeto.¹⁶² Por sua vez, o Decreto-lei nº 1.598/77, em seu artigo 8º, hoje refletido no Regulamento do Imposto de Renda, art. 260, inciso III, determina a instituição de registro auxiliar para efeitos tributários no Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, no qual o contribuinte lançaria os ajustes ao lucro líquido do período quando, por sua natureza, não deveriam constar dos registros contábeis.

¹⁶² Assim encontrava-se redigido o parágrafo 2º do art. 177 da Lei das Sociedades Anônimas: “A companhia observará em registros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem a elaboração de outras demonstrações financeiras.”

A norma do parágrafo 2º, do art. 177 da Lei das Sociedades Anônimas possibilitava ao contribuinte apurar um *balanço fiscal*,¹⁶³ de maneira extracontábil, já que a legislação tributária estabelecia ajustes ao lucro líquido para se alcançar o lucro real, base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas.

Deparava-se o contribuinte com a seguinte situação: apurava-se o lucro líquido com a observância das normas contábeis e comerciais então vigentes, o resultado societário alcançado sofreria adições, exclusões e compensações previstas na legislação tributária, nos termos do prescrito pelo art. 6º, do Decreto-lei nº 1.598/77, resultando no lucro real, base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas.

Mas a afirmação de que o lucro líquido contábil correspondia fielmente à definição legal de patrimônio não é de toda verdadeira. Ocorre que a legislação fiscal não previu tratamento específico para algumas situações em que se verificassem divergências entre as disposições das normas comerciais e contábeis e as previstas na legislação tributária, impedindo o contribuinte de ajustar o lucro líquido para afastar a tributação de valores que não seriam considerados renda frente à legislação fiscal.

Em uma primeira análise, meramente literal, o intérprete poderia concluir que os ajustes passíveis de serem efetuados no LALUR seriam somente aqueles prescritos ou autorizados pela legislação tributária; não existindo previsão expressa não haveria a possibilidade de serem excluídos, adicionados ou compensados no lucro líquido apurado no exercício. Não parece, no entanto, ser esta a solução correta.

Ocorre que nem sempre a apuração do lucro líquido suportada, como anteriormente analisado, pelos princípios contábeis e preceitos da legislação comercial está em consonância com os princípios tributários que regem a tributação sobre a renda. A apuração do lucro líquido deve sujeitar-se aos princípios e regras tributárias, sob pena de o contribuinte ter apurado um lucro que não condiz, em última análise, com o conceito de renda previsto no CTN. Em outras palavras, o lucro líquido deve ser ajustado sempre que determinado rendimento ou despesa, se assim reconhecido pela contabilidade, não

¹⁶³ Expressão utilizada por MARTINS, Fran. op. cit., v. 2, t. 2, p. 561.

constituir renda disponível ou afetar a apuração do acréscimo patrimonial do contribuinte, mesmo que não haja uma disposição expressa em lei autorizando tal ajuste.¹⁶⁴

Esse posicionamento não é pacífico na doutrina, como vemos na opinião de Nilton Latorraca: “É importante assinalar que a lei tributária reconheceu e formalizou uma dualidade de registros contábeis criada pelo art. 177 da Lei nº 6.404. Por outro lado, porém, mandou que o lucro real (lucro tributável) seja determinado a partir do lucro líquido do período, e que este seja apurado nos termos da lei comercial, conforme expressamente reconheceu o Parecer Normativo CST nº 57, de 1979. Assim, prevalecerão, para efeitos fiscais, os princípios contábeis determinados pela lei comercial, ressalvados, é claro, os casos de preceitos tributários específicos, que demandarão ajustes contábeis no livro de apuração do lucro real, como é, por exemplo, o caso da venda a prazo de imóveis, cujo lucro tributável será reconhecido pelo regime de caixa (art. 29 do Decreto-Lei nº 1.598).”¹⁶⁵

A questão não é meramente teórica; na prática, as autoridades fiscais e os contribuintes vêm divergindo em inúmeras situações do cotidiano das empresas.

Como exemplo, que foi objeto de análise dos Tribunais Superiores, cite-se a contestação efetuada pelas instituições financeiras quanto à impossibilidade da dedução, para fins fiscais, das baixas dos créditos vencidos então exigidas pelo Banco Central. Nesse caso, os contribuintes, dentre outros argumentos, sustentavam a dedução das perdas na apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, já que o lucro líquido deveria ser apurado com base nos critérios contábeis previstos pelo Banco Central o que implicava, no caso das instituições financeiras, um menor resultado do exercício. Ressalte-se que a norma fiscal vigente era expressa em determinar critérios diversos daqueles impostos pelo Banco Central para a dedutibilidade das perdas decorrente dos créditos de liquidação duvidosa.¹⁶⁶

¹⁶⁴ A Receita Federal tratava em 1970 da questão da divergência de utilização dos métodos contábeis pelo contribuinte, indicando a necessidade da procura do “verdadeiro lucro tributável”, assim dispõe o Parecer Normativo CST nº 347/70: “EMENTA – A forma de escriturar suas operações é de livre escolha do contribuinte, dentro dos princípios técnicos ditados pela contabilidade e a repartição fiscal só a impugnará se a mesma omitir detalhes indispensáveis à determinação do verdadeiro lucro tributável.”

¹⁶⁵ LATORRACA, Nilton. op. cit., p. 252.

¹⁶⁶ Para Roque Antônio Carrazza, o problema não é de hierarquia normativa, mas de aplicação das normas constitucionais e complementares que definem o fato gerador do imposto de renda: “Por todas as razões e fundamentos expostos, as instituições financeiras tinham pleno direito de resistir aos preceitos do art. 43 da

Um caso que trata de um efeito oposto ao verificado no exemplo acima é a discussão entre os contribuintes e o fisco quanto ao tratamento contábil das contraprestações de arrendamento mercantil. Por um lado, as empresas optam por sua dedução das parcelas pagas, já que as consideram parcelas de um financiamento; por outro lado, as autoridades fiscais entendem tratar-se de uma prestação para aquisição de um ativo que, assim sendo, deveria ser contabilizado no imobilizado e não na conta de resultados. A questão passa pela discussão entre a forma e a essência¹⁶⁷ – aquela determina a contabilização conforme é verificado no contrato, essa, conforme o efeito econômico gerado pelo negócio efetuado.¹⁶⁸

Lei 8.981/95, que, por meio de expedientes contábeis, ‘obrigava-as’ a submeter à tributação por meio de IRPJ e de CSLL – como se tipificassem *lucro real* do exercício financeiro – parte dos valores das *provisões para créditos de liquidação duvidosa*”. Cf. CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 268.

A questão foi decidida nos Tribunais Superiores no sentido da legalidade e constitucionalidade da Lei nº 8.981/95, que previa critérios de dedutibilidade diversos dos previstos na legislação contábil. Neste sentido, o Recurso Especial nº 413.919 – PR (2002/0018840-7) de relatoria do Ministro José Delgado: “4. Não ofende o sistema jurídico vigente o fato de as normas (comerciais e fiscais) divergirem quanto à fixação do montante a ser lançado na respectiva provisão de créditos de liquidação duvidosa. A fórmula de composição da PDD – Provisão para Devedores Duvidosos, para fins fiscais, deve obediência ao estatuído na legislação fiscal pertinente, no caso, a Lei nº 8.981/95, não havendo que se cogitar em violação ao teor prescrito pelos arts. 43 e 44, do CTN.

5. A legislação tributária, peculiarmente a do imposto de renda, reclama o emprego de técnicas não inteiramente conciliáveis com as de legislação comercial. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (reguladora das Sociedades por Ações), prevê a possibilidade de que a empresa faça sua escrituração em registros auxiliares quando as normas tributárias exijam métodos ou critérios contábeis diferenciados ou determinem simplesmente a elaboração de outras demonstrações financeiras.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.”

¹⁶⁷ O princípio da essência é assim enunciado: “Sempre que possível, a contabilidade, ao completar o registro de uma transação, deverá observar sua forma legal e essência econômica. Entretanto, se a forma, de alguma maneira dissimular ou não representar claramente a essência econômica da transação, essa última deverá ser a base de registro para a contabilidade”, IUDÍCIBUS, Sérgio; MARION, José C. *Introdução à teoria da contabilidade*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 116.

¹⁶⁸ É bastante antiga a discussão quanto à dedutibilidade das parcelas pagas a título de arrendamento mercantil. O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda teve a oportunidade de manifestar-se várias vezes sobre a questão: “IRPJ – CUSTOS E DESPESAS – ARRENDAMENTO MERCANTIL – DEDUTIBILIDADE – Cabível é o lançamento quando constatado que no pagamento das contraprestações de arrendamento mercantil não foi observado prazo contratual compatível com a expectativa de vida do bem arrendado, nos termos da Resolução BACEN nº 980/94. Em consequência, inobstante a roupagem formal, a concentração do pagamento das prestações em vinte e quatro meses e a resultante fixação do valor residual ínfimo desvirtua a essência do contrato de *leasing* e os princípios em que se aventa, convertendo-o, na realidade, em contrato de compra e venda a prazo.” Acórdão 105-13954 da Quinta Câmara.

“IRPJ. CUSTOS E/OU DESPESAS OPERACIONAIS. CONTRAPRESTAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. CORREÇÃO MONETÁRIA DO ATIVO IMOBILIZADO. – A redução do prazo de contrato de arrendamento mercantil, mediante adiantamento, obedecendo ao prazo mínimo estabelecido no artigo 20 e demais disposições contidas na Resolução BACEN nr. 980/84, não descaracteriza o referido contrato e assegura a dedutibilidade das contraprestações pagas. Conseqüentemente, não comporta a exigência de correção monetária de bens como se tivessem ativados.” Acórdão 101-92185, Primeira Câmara.

A posição atual da jurisprudência administrativa, como se verifica dos julgados anteriormente apresentados, é no sentido de privilegiar a forma em detrimento da essência, ou seja, de possibilitar a dedução das parcelas pagas a título de *leasing*.

Outros exemplos podem ser arrolados para ilustrar o conflito entre os princípios contábeis e a legislação fiscal, tais como o tratamento dispensado às duplicatas descontadas, que, sob o ponto de vista da forma, são reconhecidas como um redutor do ativo, gerando, por conseqüência, uma despesa dedutível, enquanto que sob a luz da essência econômica, o desconto de duplicata deveria ser tratado como um financiamento (e não uma despesa). Veja-se, ainda, a integralização de capital com bens que não possuem valor de mercado ou não possuem utilidade para a sociedade; nesse caso, o postulado da essência demanda o não-reconhecimento do valor correspondente no capital social, enquanto que a observância da forma possibilita que o valor conste do capital social, com as conseqüentes implicações de natureza fiscal, tais como o aumento da base de cálculo para pagamento dos juros sobre capital próprio previstos na Lei nº 9.249/95.

O distanciamento entre o contábil e o fiscal¹⁶⁹ tornou-se flagrante com a recomendação do Conselho Federal de Contabilidade, órgão até então responsável pela formalização dos princípios contábeis, no item 1.4 da Resolução nº 774/94, que assim dispõe: “(...) na realização do objetivo central da contabilidade, defrontamo-nos, muitas vezes, com situações nas quais os aspectos jurídico-formais das transações ainda não estão completa ou suficientemente elucidados. Nesses casos deve-se considerar o efeito mais provável das mutações sobre o patrimônio, quantitativa e qualitativamente, concedendo-se prevalência à substância das transações.”

Se para a ciência contábil a essência econômica deve prevalecer, para o direito e em especial para o direito tributário o que deve ser considerado é a qualificação jurídica dos atos ou negócios jurídicos. A contabilização somente reflete graficamente esses efeitos, sem o poder de alterá-los, somente de representá-los ou apresentá-los a terceiros por meio das demonstrações financeiras.

¹⁶⁹ Expressão utilizada por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Breves comentários sobre a Lei nº 11.1638 e suas implicações no âmbito tributário*, cit., p. 3.

4.2. A Lei nº 11.683/07 – formas de apuração do lucro real e conseqüências de natureza fiscal

4.2.1. A necessidade de harmonização contábil e os objetivos da Lei nº 11.638/07

No inexorável processo de globalização, o Brasil, na busca de maior inserção e destaque na economia mundial, identificou a necessidade de adotar novos mecanismos legais que possibilitassem a apresentação de demonstrações financeiras de acordo com as normas contábeis internacionais.

Nesse ambiente foi editada a Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, que alterou os dispositivos relacionados às normas de natureza contábil da Lei das Sociedades Anônimas,¹⁷⁰ com vistas a aproximar a metodologia de apresentação e contabilização das demonstrações financeiras aos dispositivos emanados pelo *International Accounting Standards Board* (IASB).¹⁷¹

De plano, destaque-se que as disposições da Lei nº 11.638/07 tem sua aplicação limitada às pessoas jurídicas constituídas na forma de sociedade anônima, de capital aberto ou fechado, e para as sociedades de grande porte, consideradas com tal as sociedades ou conjunto de sociedades, mesmo que não constituídas na forma de sociedade anônima, que possuam ativos superiores a R\$ 240 milhões de Reais ou que auferiam receita bruta anual superior a R\$ 300 milhões de Reais.¹⁷²

¹⁷⁰ A despeito da nova lei alterar as disposições contábeis da lei das SAs, sua abrangência não se limita às empresas constituídas na forma de sociedade por ações. O art. 3º determinou que as disposições sobre escrituração e a elaboração das demonstrações financeiras aplicam-se às sociedades de grande porte, definidas como aquelas que, individualmente ou sob controle comum, tiverem ativos superiores a R\$ 240 milhões ou que tenham receita bruta anual superior a R\$ 300 milhões.

¹⁷¹ O processo de convergência contábil iniciado pela Lei nº 11.638/07 possibilita às empresas que suas demonstrações financeiras sejam compreendidas com maior facilidade pelos agentes do mercado financeiro e de capitais internacionais, o que possibilitará comparabilidade dos balanços de empresas brasileiras com as estrangeiras, reduzindo os custos para a obtenção de financiamentos e recursos internacionais e facilitando a avaliação de riscos das demonstrações financeiras.

¹⁷² Conforme art. 3º da Lei nº 11.638/07.

A mudança de filosofia trazida pela nova lei pode ser resumida em três tópicos: “primazia da essência sobre a forma, primazia da análise de riscos e benefícios sobre a propriedade jurídica e normas orientadas por princípios e não por regras excessivamente detalhadas e formalizadas.”¹⁷³

Os objetivos e fundamentos que regem as novas disposições contábeis afastam-se daqueles que suportam as normas fiscais. Enquanto as normas de convergência privilegiam a essência econômica, o direito, e em especial o direito tributário, atribui efeitos jurídicos aos atos ou fatos a depender da sua forma. Enquanto a nova contabilidade atenta para a análise de risco dos negócios praticados, o direito verifica se aquele negócio trouxe ou não repercussão na esfera patrimonial da empresa e, por fim, se a nova lei traz princípios e regras gerais que norteiam a contabilidade e, conseqüentemente à apuração do lucro líquido do exercício, o direito tributário demanda regras claras e precisas para a formação do resultado do exercício, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Para Bernhard Grossfeld há o temor de que a contabilidade financeira (que segue as normas internacionais de contabilidade) seja utilizada para a apuração da base de cálculo dos impostos sobre a renda e implique uma tributação mais elevada. Nos Estados Unidos a opinião mais tradicional é que os diferentes objetivos perseguidos pela contabilidade financeira e pela contabilidade fiscal causem um antagonismo no conceito de renda, o que infringiria o sistema fiscal daquele país. Já na Comunidade Européia, prevê Bernhard Grossfeld que a adoção pelo bloco econômico de parâmetros únicos de contabilidade irá mudar o paradigma da utilização da contabilidade fiscal por vários dos Estados Membros.^{174 175}

O distanciamento entre o contábil e o jurídico foi também lembrado por Ricardo Mariz de Oliveira ao comentar a Lei nº 11.638/07: “Doravante, as pessoas jurídicas que adotarem, obrigatória ou opcionalmente as novas diretrizes contábeis, poderão ter balanços que não reflitam corretamente seus patrimônios jurídicos, pois ali serão integrados itens que

¹⁷³ Conforme IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de contabilidade das sociedades por ações*: aplicável às demais sociedades. São Paulo: Atlas, 2008. supl., p. 6.

¹⁷⁴ GROSSFELD, Bernhard. International financial reporting standards: European Corporate Governance. In: O DIREITO do balanço e as normas internacionais de relato financeiro. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 45.

¹⁷⁵ A mudança de paradigma prevista por Bernhard Grossfeld deve-se à decisão emanada pelo Tribunal Europeu no caso Marks & Spencer onde foi decidido que, em atenção às liberdades fundamentais (livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital), os Estados Membros não poderiam legislar em matéria de impostos diretos sem a observância das regras comunitárias.

legalmente não lhes cabem, ou retirados itens que legalmente cabem a seus patrimônios. Não se trata apenas de critérios de avaliação deste ou daquele ativo ou passivo, mas de inclusão ou exclusão de alguns deles.”¹⁷⁶

As discrepâncias entre a apuração contábil e fiscal não ficarão restritas às disposições alteradas pela Lei nº 11.638/07. O art. 10-A admite a celebração de convênios com entidades que tenham por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade, o que será realizado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).¹⁷⁷ Assim, novas disposições contábeis serão emanadas com vistas a continuar o processo de convergência iniciado pela citada lei.

A contabilidade atual não se presta mais à apuração da base de cálculo do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro já que se distanciou dos conceitos jurídicos de patrimônio, renda e lucro, necessários para a compreensão do fato gerador dos mencionados tributos.¹⁷⁸

4.2.2. Os novos métodos previstos para a apuração do lucro real

No que toca diretamente à matéria fiscal e em especial à apuração do lucro real, a Lei nº 11.683/07 alterou o parágrafo 2º do art. 177 da Lei nº 6.404/76, assim redigido:

“§ 2º As disposições da lei tributária ou de legislação especial sobre a atividade que constitui o objeto da companhia que conduzam à utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações não elidem a obrigação de elaborar, para todos os fins desta lei, demonstrações financeiras em consonância com o

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Breves comentários sobre a Lei nº 11.1638 e suas implicações no âmbito tributário*, cit., p. 2.

¹⁷⁷ O CPC é um órgão colegiado composto por representantes da Associação das Empresas de Capital Aberto – ABRASCA, Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento no Mercado de Capitais (APIMEC), Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), Conselho Federal de Contabilidade (CFC), Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON) e Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI - USP).

¹⁷⁸ Exceção feita para as empresas que não se encontram sujeita às disposições da Lei nº 11.638/07, nos termos do seu art. 3º.

dispositivo no caput deste artigo e deverão ser alternativamente observadas mediante registro:

I – em livros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil, ou

II – no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados em seguida lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no caput deste artigo, devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários.”

A exemplo do que ocorria na legislação pretérita, o § 2º reconhece a existência de normas emanadas por outros órgãos que afetam as demonstrações financeiras diversas dos preceitos constantes na legislação comercial e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, razão pela qual prevê que tais disposições especiais deverão ser reconhecidas sem o prejuízo da escrituração das demonstrações financeiras na forma da Lei das Sociedades Anônimas.¹⁷⁹

Note-se que não há distinção ou preferência atribuída a uma ou outra forma de reconhecimento das normas contábeis, tributárias ou advindas de legislação especial que regule a atividade da companhia, mas simples reconhecimento da existência de normas distintas e a determinação do tratamento pelo qual devam ser escrituradas e apresentadas as demonstrações financeiras. A contabilidade comercial não se sobrepõe à legislação tributária, nem esta àquela.

O tratamento dispensado pela nova lei às diferenças de reconhecimento dos atos ou negócios jurídicos decorrente de disposições diversas entre a lei comercial e a lei fiscal foi inovador. Manteve-se, em um primeiro momento, no inciso I do § 2º do art. 177, a opção pelo registro das diferenças em livro auxiliar, sem a modificação da escrituração efetuada segundo as normas comerciais e contábeis, o que está em perfeita consonância com os dispositivos atualmente em vigor da legislação tributária, em especial o art. 6º do Decreto-

¹⁷⁹ No mesmo sentido, Ricardo Mariz de Oliveira, assim trata a questão: “Afinal, a dualidade ou multiplicidade de critérios já existia antes da Lei n. 11638, e era disciplinada pelo parágrafo 2º do art. 177 da Lei n. 6404, na sua redação original, bem como na legislação do IRPJ, pelos art. 6º e 8º do Decreto-lei n. 1598, e na da CSL, pelo art. 2º da Lei 7689, além de inúmeros outros dispositivos das respectivas leis.” OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda, cit., p. 5.

lei nº 1.598/77. Repete-se, assim, o que já estava prescrito na antiga redação do § 2º do art. 177 da Lei das Sociedades Anônimas.

A mencionada inovação veio por meio do inciso II, § 2º do art. 177, pelo qual ficava permitido ao contribuinte escriturar as variações patrimoniais diretamente nas demonstrações financeiras seguindo as diretrizes da legislação tributária, para somente após efetuar lançamentos contábeis adicionais conforme os dispositivos da lei comercial e dos princípios de contabilidade. Tal forma de apuração foi apelidada de LALUC em analogia ao LALUR. Assim, o contribuinte lançaria em livro auxiliar de apuração do lucro contábil (LALUC), após o cálculo do lucro líquido segundo as normas fiscais, os ajustes de harmonização determinados pela legislação contábil.

Houve, portanto, uma inversão: tradicionalmente o cálculo do lucro real partia do lucro líquido apurado segundo as normas comerciais, para então sofrer as adições, exclusões ou compensações previstas na legislação tributária; ficou assim facultado ao contribuinte calcular o lucro real diretamente, para só então ajustar suas demonstrações aos preceitos contábeis e comerciais.

Essa nova forma de apuração do lucro líquido foi recentemente revogada pelo art. 36 da Medida Provisória nº 440, de 3 de dezembro de 2.008. No entanto, dado ao seu caráter inovador, em especial por reconhecer de forma inequívoca o distanciamento entre o contábil e o fiscal e, ainda, pelo caráter provisório da nova disposição normativa, entende-se relevante apresentar, a seguir, as considerações pertinentes à sistemática revogada.

Destaque-se, de início, que de maneira não prevista em lei, a reversão de ajustes contábeis posteriormente à apuração do lucro real já acontecia, em casos esporádicos, anteriormente à vigência da Lei nº 11.638/07. A apuração dos juros sobre o capital próprio, conforme previsto no art. 9º da Lei nº 9.249/95, é reconhecida pelas empresas, inclusive aquelas que possuem suas ações negociadas em Bolsa de Valores, como despesa financeira. Desse modo, os contribuintes beneficiam-se da dedução dos juros pagos aos acionistas como despesa dedutível na apuração do resultado tributável do exercício. Ocorre, entretanto, que, por meio da Deliberação CVM nº 207/96, a Comissão de Valores Mobiliários determinou, para as empresas que possuam títulos negociados no mercado mobiliário, o reconhecimento dos juros pagos aos acionistas como dividendos, obrigando os

contribuintes a procederem ao ajuste contábil posterior à apuração do resultado tributável. Ou seja, primeiro há o reconhecimento dos juros sobre o capital próprio conforme a legislação fiscal e, posteriormente, para efeitos de observância das normas contábeis, é efetuada a reclassificação, exatamente como prevê o inciso II, § 2º do art. 177.

Algumas razões levaram o legislador a instituir a sistemática prevista no referido inciso II. São elas:

(i) o aumento do distanciamento entre o balanço contábil e o jurídico, decorrente das novas determinações de reconhecimento contábil trazidas pela Lei nº 11.683/07, com evidente privilégio ao efeito econômico dos atos e negócios praticados pelas empresas, tais como o ajuste de avaliação patrimonial, o novo tratamento contábil para as subvenções e doações, extinção da reserva de reavaliação, dentre outros, aliado com tendência de emissão de novos pronunciamentos contábeis em consonância com as recomendações do IASB;

(ii) a taxatividade das normas que permitem os ajustes (adições, exclusões e compensações) na apuração do Lucro Real, o que acarretaria, invariavelmente, em situações anteriormente não previstas pela legislação fiscal, seja na tributação de uma receita ou na dedução de uma despesa nascidas dos ajustes contábeis propostos no processo de harmonização e convergência das demonstrações financeiras;

(iii) deve-se levar em consideração, ainda, as situações pretéritas à Lei em que o fisco e o contribuinte já divergiam quanto ao tratamento fiscal de determinados negócios e atos jurídicos praticados pelos contribuintes.¹⁸⁰

¹⁸⁰ A exposição de motivos do projeto de lei bem demonstra o objetivo do legislador ao propor a solução do inciso II: “O Substitutivo traz uma outra novidade bastante significativa, quando propõe alterar o § 2º do artigo 177. Atualmente, a lei determina que a escrituração da companhia deve ser mantida em registros permanentes, com a obediência aos preceitos da legislação comercial e da própria Lei nº 6.404/76, bem como aos princípios contábeis geralmente aceitos. Determina, ainda, que a companhia deverá observar em registros auxiliares, sem modificação da legislação mercantil, as disposições emanadas da lei tributária ou de lei especial que prescrevam métodos ou critérios contábeis diferentes.

Não obstante, o que se observa na prática é que disposições normativas emanadas de órgãos reguladores e que em muitos casos estão em desacordo com princípios são refletivas, por determinação daqueles órgãos, na escrita mercantil e não nos registros auxiliares como determina a lei atual, provocando distorções nas informações contábeis destinadas ao público em geral.

Diante dessa realidade, e buscando uma forma alternativa para preservar os interesses dos órgãos reguladores sem que haja perda da qualidade da informação a ser disponibilizada para os demais usuários, o Substitutivo possibilita que as companhias adotem em sua escrituração mercantil todas as disposições da lei tributária ou especial, desde que efetuem, quando houver divergência, ajustes nesta escrituração, por meio de lançamentos complementares, de forma a produzir informações contábeis, em consonância com os princípios

Tais fatores levaram o legislador a propor um verdadeiro balanço fiscal que atenderia primordialmente as normas tributárias em atenção à forma e os efeitos jurídicos dos atos e negócios praticados, em contraposição aos efeitos econômicos das transações realizadas pelos contribuintes.

Ao comentar a opção pelo inciso II, Ricardo Mariz de Oliveira entende que a sua adoção acarretaria a redução da aplicabilidade das disposições fiscais atinentes ao Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, já que neste caso o livro auxiliar seria dispensado: “Realmente, antes da Lei n. 11638 o lucro real era necessariamente iniciado pelo lucro líquido, apurado contabilmente conforme a Lei n. 6404 (Decreto-lei n. 1598, art. 6º, combinado com o art. 67, inciso XI), e as diferenças de critérios de apuração eram processadas formalmente no LALUR (art. 8º do mesmo decreto-lei). Doravante, embora não revogados esses dispositivos, seu alcance ficará reduzido a uma das formas de procedimento permitidas pelo parágrafo 2º do art. 177 da Lei n. 6404.”¹⁸¹

Ressalte-se que não havia duas bases de cálculo diversas para o imposto de renda que poderão ser apuradas pelos contribuintes, uma partindo do balanço contábil, com os posteriores ajustes previstos na legislação tributária, e a outra calculada diretamente na contabilidade; as duas apurações deveriam necessariamente chegar ao mesmo resultado; se assim não fosse teríamos uma base de cálculo para o imposto sobre a renda, em desacordo com disposto no art. 44 do Código Tributário Nacional.

A preocupação em se apurarem dois impostos sobre a renda com bases diversas, um suportado pela contabilidade internacional e outro pela metodologia adotada até então é comum aos sistemas jurídicos que passaram pelo processo de convergência. Giuseppe Zizzo assim relata o que ocorreu na Itália: “... a introdução de um segundo sistema de princípios contábeis, inserido sobre a obtenção de um resultado diverso daquele primeiro (mais ligado ao amadurecimento econômico e a realização) provoca uma quebra na esfera (anteriormente homogênea) deste sujeito passivo: de uma parte a sociedade que, aplicando

fundamentais de contabilidade. Para que haja uma certa garantia quanto à qualidade dessas informações, o Substitutivo condiciona a possibilidade de utilização dessa alternativa à obrigatoriedade de exame das demonstrações contábeis por auditor independente.”

¹⁸¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Breves comentários sobre a Lei nº 11.1638 e suas implicações no âmbito tributário*, cit., p. 10.

(porque é obrigada ou porque opta) o princípio contábil internacional, apurará um imposto imponible próximo ao, ou coincidente com, o resultado maduro; uma outra sociedade que, continuando a aplicar (porque é obrigada ou porque opta) o princípio nacional, apurará um imposto imponible próximo, ou coincidente com, ao resultado realizado. Este fato leva indubitavelmente a um problema de disparidade de tratamento.”¹⁸²

A sistemática de apuração do lucro tributário diretamente nas demonstrações financeiras, então prevista no inciso II, § 2º do art. 177 da Lei das Sociedades Anônimas foi objeto de críticas, sobretudo das autoridades fiscais, pelo fato de seu caráter inovador implicar em uma ruptura em relação à forma há muito utilizada para a apuração do lucro real, o que gerou uma nova redação para o § 2º do art. 177 da Lei nº 6.404/76, trazida pelo art. 36 da Medida Provisória nº 449/08, abaixo transcrita:

“§ 2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrita mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.”

Retorna-se, com a nova disposição, ao que ocorria no período anterior à vigência da Lei nº 11.638/07, ou mesmo, o que de certa forma, previa o inciso I do art. 2º da referida lei, ou seja, todos os ajustes contábeis, decorrentes ou não do processo de harmonização, deverão ser reconhecidos diretamente na contabilidade apurando-se um único lucro líquido que será utilizado para fins societários e fiscais.

¹⁸² “... l’introduzione di un secondo sistema di principi contabili, incentrato sulla rilevazione di un risultato diverso da quello del primo (in quanto legato alla maturazione economica più che al realizzo), è idonea a provocare una spaccatura nella sfera (altremente omogenea) di questi soggetti passivi: da una parte le società che, applicando (perché devono o perché soltanto possono) i principi contabili internazionale, assolverebbero l’imposta su un imponible prossimo al, o coincidente con, risultato maturato; dall’altra società che, continuando ad applicare (perché devono o perché soltanto possono) i principi nazionale, assolverebbero l’imposta su un imponible prossimo al, o coincidente con, risultato realizzato. Questo assetto solleverebbe indubbiamente un problema di disparità di trattamento:...” ZIZZO, Giuseppe. I principi contabili internazionali nei rapporti tra determinazione di risultato di esercizio de determinazione del reddito imponible. *Rivista di Diritto Tributario*, Milano, v. 15, n. 11, p. 1165, 2005.

Ocorre que a utilização do lucro líquido impactado pelos ajustes de harmonização contábil para a apuração do lucro real geraria um cálculo do imposto de renda incompatível com o conceito de renda previsto no art. 43 do CTN. Essa situação, verificada tanto na vigência do § 2º do art. 177, na redação dada pela Lei nº 11.638/07, como na nova redação trazida pelo art. 36 da MP nº 449/08, demanda uma norma que anule os efeitos contábeis decorrentes das novas diretrizes contábeis. É o que pretendeu garantir o § 7º do art. 177 da Lei nº 11.638/07, recém revogado pela Medida Provisória nº 449/08, de 3 de dezembro de 2008 e, atualmente, o Regime Tributário Transitório previsto nos artigos de 15 a 21 da mencionada medida provisória.

Dada à sua importância, bem como a possibilidade de não conversão em lei da Medida Provisória de 3 dezembro último, comenta-se a seguir o referido §7º que trouxe, mesmo que por um curto período, a neutralidade fiscal dos ajustes de harmonização, para em seguida apresentar as considerações relativas ao novo sistema de apuração do lucro real, o Regime Tributário Transitório – RTT.

4.2.2.1. A neutralidade fiscal dos ajustes contábeis

Visto que a adoção de uma ou outra opção para o cálculo do lucro real não pode implicar diferença na apuração da obrigação tributária relativa ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, deve-se indagar qual o dispositivo jurídico que impeça que as novas formas de reconhecimento contábil das transações trazidas pela Lei nº 11.638/07, e as que posteriormente virão, em decorrência da convergência contábil inaugurada, impliquem modificação da base tributável dos citados tributos.

A forma de apuração do lucro real prevista nos incisos I e II do § 2º do art. 177 exposta acima não tem, por si só, o condão de evitar estes efeitos já que, por tratar-se de questão de natureza fiscal, seria necessária uma norma específica para cada caso onde houvesse a discrepância entre os critérios jurídicos e contábeis de reconhecimento na escrita das empresas.

Poder-se-ia argumentar que a alteração da forma de reconhecimento contábil dos atos ou negócios não altera a sua natureza jurídica e é a natureza jurídica que importa para efeito de tributação do rendimento, pois só por meio da sua determinação é que se poderá verificar a ocorrência da renda disponível, fato gerador do imposto de renda. Assim, desnecessária seria a edição de novas normas tributárias para tratar dos casos de divergência.

No entanto, a despeito da validade do raciocínio acima exposto, a experiência demonstra que as autoridades fiscais tendem a considerar como receita ou despesa aquilo que é assim contabilmente reconhecido, sem indagar se tal receita ou despesa contábil é juridicamente considerada como tal. É o já citado caso do arrendamento mercantil, que considerado pelas normas contábeis como compra de bem a prazo, juridicamente não passa de um financiamento.¹⁸³

Para que não houvesse dúvidas quanto à neutralidade dos efeitos fiscais trazidos pela modificação da legislação comercial, a Lei nº 11.638/07 trouxe no § 7º do art. 177 disposição de clareza exemplar:

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

Portanto, todo e qualquer ajuste efetuado em decorrência do processo de harmonização contábil não poderia gerar acréscimo ou redução dos tributos devidos pela empresa, sejam aqueles incidentes sobre a renda (imposto de renda e contribuição social sobre o lucro), sejam aqueles incidentes sobre a receita, as contribuições do PIS e da COFINS.¹⁸⁴

A neutralidade então alcançada pela legislação brasileira foi também objetivada pela legislação portuguesa quando da adoção das normas internacionais de contabilidade naquele país, como relata Manuel Duro Teixeira e Alexandre de Almeida. “A

¹⁸³ No mesmo sentido OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda, cit., p. 2.

¹⁸⁴ A despeito da clareza do disposto no parágrafo 7º as discussões em relação à sua abrangência já se iniciaram. Exemplo dessa afirmativa é a Solução de Consulta nº 75/2008 região da Receita Federal do Brasil.

contabilidade que constitui o ponto de partida no processo de determinação do lucro tributável é a contabilidade ‘organizada de acordo com a normatização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade’. A solução para a neutralidade fiscal dos ajustes contábeis internacionais foi similar àquela prevista nas normas do art. 177, §2º, inciso II e §7º da Lei nº 11.638/07, especialmente no que tange aos seus efeitos finais; no entanto diferencia-se em relação à forma adotada para o alcance da neutralidade, já que em Portugal a regra geral relativa às normas contábeis internacionais é que somente poderão afetar as demonstrações financeiras consolidadas.¹⁸⁵

O aspecto que merece crítica é quanto à falta de coerência sistêmica das disposições trazidas pela nova lei em relação à legislação fiscal vigente. Enquanto que a apuração do lucro real até então sempre foi efetuada a partir do lucro líquido do exercício e então feitos os ajustes previstos na legislação para se alcançar o lucro real, a nova sistemática prevê, se adotado o lucro contábil, a exclusão ou adição de valores sem que haja uma previsão clara na legislação tributária quanto ao seu tratamento, deixando para a discricionariedade dos contribuintes e das autoridades fiscais determinar quais os ajustes que se enquadram no processo de harmonização e quais não, situação esta que vai ao encontro da uniformidade sistêmica da apuração do lucro real. O mesmo ocorre no caso da opção pelo balanço fiscal; a ausência de regras claras quanto à sua apuração trará, invariavelmente, conflitos futuros entre os sujeitos da relação tributária.

Não se trata, nesse trabalho, de aprofundar ainda mais as discussões sobre o tema, pois o que foi até aqui exposto parece ser suficiente para a compreensão do que será discutido nos capítulos posteriores, em especial aqueles que tratarão da imposição da renda imobiliária das pessoas jurídicas. Mas para que não fique o assunto sem análise final, faz-se necessário algumas ponderações, mais sucintas, apresentadas a seguir.

O § 7º aplicava-se aos ajustes de harmonização anteriores à edição da Lei nº 11.638/07, ou sua aplicação era restrita aos ajustes decorrentes da convergência contábil? Como acima afirmado, os tributos sobre a renda incidem sobre o que juridicamente for considerado como renda e não sobre os valores que, por conveniências contábeis alheias à questão

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Manuel Duro; ALMEIDA, Alexandre. O impacto fiscal na adopção das normas internacionais de contabilidade no sector financeiro. In: O DIREITO do balanço e as normas internacionais de relato financeiro, cit., p. 212.

fiscal, sejam tratados como tal; assim, desnecessário seria, em última instância, o próprio § 7º. Sua aplicação é diretiva, demonstra que ajustes contábeis não devem afetar, positiva ou negativamente, a apuração do lucro real.

Mais complexa é a verificação do tratamento a ser dispensado ao cálculo dos tributos dos contribuintes que tenham relação com a pessoa jurídica que sofreu os ajustes contábeis de harmonização.

Com o maior distanciamento entre o lucro contábil e o fiscal serão cada vez mais freqüentes as situações nas quais a pessoa jurídica apurará resultado contábil maior ou menor que o lucro sujeito à tributação, acarretando, na primeira hipótese, uma possibilidade de reconhecimento de equivalência patrimonial positiva na empresa investidora parcialmente não-tributada e se o sócio for pessoa física a percepção de dividendos (atualmente isento) sem a tributação do lucro que o originou na pessoa jurídica investida. Nessa situação o sócio investidor, pessoa física ou jurídica, auferirá renda – decorrente dos dividendos contábeis passíveis de distribuição – que não terá sofrido qualquer imposição fiscal.

Na segunda hipótese, resultado fiscal superior ao contábil, haverá, da mesma forma, um desbalanceamento na integração pessoa física – pessoa jurídica, nos moldes do atualmente previsto pela legislação, o que gerará um efeito econômico no sócio investidor oposto ao acima verificado: os lucros disponíveis para a distribuição terão sofrido uma maior tributação pelo imposto de renda e pela contribuição social sobre o lucro, se considerada uma análise integrada da tributação do resultado. Efeitos similares ocorrerão no cálculo dos juros sobre o capital próprio.¹⁸⁶

Note-se que os *efeitos colaterais* acima citados têm origem na empresa que sofreu os ajustes de harmonização, no entanto são reconhecidos econômica e juridicamente em outros contribuintes, nos casos exemplificados: sócios pessoas jurídicas ou pessoas físicas (estes não atingidos pelas normas contábeis da lei societária). Daí a dificuldade de

¹⁸⁶ O cálculo dos juros sobre o capital próprio – JCP, nos termos da Lei nº 9.249/95, tem como base para a verificação do montante possível de remuneração o patrimônio líquido contábil, ajustado por algumas exclusões previstas na própria lei. Alterado o patrimônio líquido em decorrência dos ajustes de harmonização, as empresas calcularão o JCP sob uma base maior ou menor a depender dos efeitos dos ajustes contábeis previstos.

aplicação da parte final do § 7º, “(...) e as demonstrações e apurações com elas elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários.”

4.2.2.2. O Regime Tributário de Transição

A edição da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 trouxe, em seus arts. 15 a 21, um novo regime tributário – Regime Tributário de Transição (RTT) – para as empresas obrigadas a apresentar suas demonstrações financeiras na forma das alterações trazidas pela Lei nº 11.638/07 e, adicionalmente, dos art. 36 e 37 da própria MP.

Caracteriza-se o RTT por ser optativo para os anos-calendários de 2008 e 2009 e obrigatório a partir de 2010, mas é também transitório, pois deverá ser substituído por uma nova lei que determine os efeitos tributários decorrentes da nova sistemática contábil. Tal lei deverá, ainda, buscar a neutralidade da tributação.¹⁸⁷

O art. 16 trouxe uma neutralidade tributária semelhante aquela do recém-revogado § 7º do art. 177, da Lei nº 11.638/07, assim redigido:

“Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 2007, e pelos arts. 36 e 37 desta Medida Provisória que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.”

Verifica-se, da redação acima, que a neutralidade fiscal será somente aplicável às empresas que optem pelo RTT nos anos-calendários de 2008 e 2009, já que a partir de 2010 sua aplicação é compulsória. E ainda, a neutralidade do art. 16 é restrita ao lucro real, base de cálculo do imposto de renda, não alcançando, de forma expressa, a contribuição social

¹⁸⁷ Conforme § 1º, § 2º e 3º do art. 15 da MP nº 449/08.

sobre o lucro que tem o lucro líquido contábil como ponto de partida para a apuração da sua base de cálculo.

A esse respeito, o art. 21 da MP nº 449/08, estendeu a aplicação do RTT para a contribuição social sobre o lucro, para o PIS e para a COFINS; ou seja, a despeito de não haver norma expressa que atribua a neutralidade fiscal para as referidas contribuições, pode-se afirmar que, pelo fato do Regime Tributário de Transição trazer em sua sistemática a reversão dos efeitos contábeis, a neutralidade fiscal estaria também garantida para as referidas contribuições sociais.

As empresas optantes pelo RTT deverão, nos termos do art. 18 da MP nº 449/08, reconhecer, antes da apuração do imposto de renda, os ajustes de harmonização nas suas demonstrações financeiras. Ou seja, a sistemática prevista é similar àquela do inciso I do art. 2º do art. 177 da Lei das SA, que determina o reconhecimento dos efeitos da harmonização contábil nos livros societários antes da apuração do lucro real. Posteriormente, serão revertidos, no livro de apuração do lucro real – LALUR, os efeitos gerados pelos novos lançamentos contábeis a fim de ajustar o lucro líquido ao que seria se fosse calculado segundo a sistemática vigente até a alteração das normas contábeis da Lei nº 11.638/07.

Assim, no caso de um ajuste contábil implicar uma receita, o contribuinte deverá excluir o valor correspondente do lucro real; se, por outro lado, a nova sistemática contábil gerar uma despesa, o contribuinte deverá adicionar o valor equivalente no cálculo do imposto de renda; estaria, assim, garantida a neutralidade prevista no art. 16.

Daí em diante, observam-se as normas de apuração do imposto de renda da forma como se efetuava antes da vigência da Lei nº 11.638/07, ou seja, serão adicionados, excluídos ou compensados os ajustes expressamente previstos na legislação tributária.

Há, com essa nova disposição, três formas de apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas, atualmente em vigor: a) para as empresas que não estão sujeitas às novas normas contábeis, apura-se o imposto de renda com base na contabilidade efetuada nos moldes do se fazia antes da Lei nº 11.638/07, ou seja, nada mudou; b) as empresas optantes pelo RTT deverão reconhecer os ajustes contábeis na forma do estabelecido pelas novas práticas,

efetuando, em seguida, sua reversão para a apuração do imposto de renda; c) as empresas sujeitas às alterações contábeis e não optantes pelo RTT nos exercícios de 2008 e 2009 deverão apurar o imposto de renda sem o *benefício* da neutralidade; terão assim uma base de cálculo diversa dos demais contribuintes.

Para esse terceiro grupo de empresas o imposto de renda será maior ou menor dependendo dos efeitos no resultado dos ajustes de harmonização; assim aqueles que obtiverem uma redução tributária tenderão a não optar pelo RTT, enquanto que aqueles para os quais os ajustes resultarem em um aumento da carga fiscal optarão pelo RTT para atingir a neutralidade fiscal conforme faculta a MP nº 449/08.

4.3. Regime geral de escrituração das pessoas jurídicas – regime de competência

As pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real estão sujeitas à escrituração de suas demonstrações financeiras pelo regime de competência. Não há, entretanto, uma determinação expressa na legislação tributária quanto à adoção compulsória do referido regime para o reconhecimento das variações patrimoniais das empresas tributadas pelo lucro real. A adoção do regime de competência para a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro decorre da remissão efetuada pelas normas tributárias às leis comerciais (vide item 4.1. A base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas – o lucro líquido do exercício como ponto de partida para o lucro real). Note-se, ainda, que o reconhecimento das receitas pelo regime de competência, ou seja, sem que haja o recebimento do fluxo monetário pelo contribuinte, encontra-se em perfeita consonância com o disposto no art. 43 do CTN que prevê que a tributação da renda deve estar jurídica ou economicamente disponível (vide item 3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica de renda).

Nesse sentido, o art. 177 da Lei nº 6.404/76, ao prever a observância à legislação comercial e aos princípios contábeis para a apuração do lucro líquido do exercício, em seu final determina (...) *observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.*

Deve assim o lucro líquido, tanto para fins comerciais como fiscais, ser apurado segundo o regime de competência, entendido como o conjunto de normas de escrituração que define quais receitas, custos e despesas devem ser registrados nas contas de resultado de cada período de apuração.

O regime de competência prevê que na determinação do resultado do exercício serão computados: “a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos”.¹⁸⁸ A adoção pela legislação comercial do regime de competência decorre da necessidade de enquadrar as demonstrações financeiras nos fatos econômicos e financeiros ocorridos em determinado período de tempo, com vistas a refletir aos credores das sociedades e a seus acionistas as mutações patrimoniais incorridas no exercício social, independentemente da monetarização dos direitos e obrigações.¹⁸⁹

Mas nem sempre foi assim, pois a “legislação do imposto de renda, até o advento do Decreto-Lei 1.598, não contemplava, expressamente, o regime econômico de apuração de resultados. Pelo contrário, em determinadas atividades, como as de contratos de longo prazo, previa a lei que o lucro somente deveria ser apurado ao fim e ao cabo da empreitada. Previa ainda a lei, para determinados tipos de despesas, especialmente tributos, que estes somente poderiam ser deduzidos quando pagos.”¹⁹⁰

O regime de competência caracteriza-se por exigir que as receitas e os rendimentos sejam reconhecidos na medida em que sejam ganhos, independentemente do momento do recebimento dos valores correspondentes à venda ou à prestação do serviço. A receita ou rendimento podem, assim, ser reconhecidos antes ou depois do seu recebimento em moeda correspondente ao negócio jurídico efetuado. O que importa para o regime de competência é que esses rendimentos e receitas sejam reconhecidos quando efetivamente ocorrer o ganho.

¹⁸⁸ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., v. 1., p. 295.

¹⁸⁹ Id. Ibid., p. 296.

¹⁹⁰ MARTINS, Natanael. A reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Lei 11.638/2007 e seus impactos na área tributária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v.40, p. 6. abr./jun. 2008.

Os princípios da correspondência das despesas e das receitas e da realização da renda são extraídos do regime de competência. Assim, devem-se reconhecer os custos, despesas, encargos ou perdas, independentemente se pagos ou incorridos, na medida do reconhecimento dos rendimentos e receitas, ou seja, na medida do reconhecimento do ganho.¹⁹¹ Temos assim dois princípios, o da *realização* e o do *emparelhamento de receitas e despesas*.¹⁹²

Para Bulhões Pedreira, o conceito que fundamenta o regime de competência é o de ganho da receita ou do rendimento, podendo assim ser explicado: “a receita ou o rendimento considera-se ganho no momento em que se completa a ocorrência de todos os fatos necessários para que a pessoa adquira virtualmente (a) o direito de receber a receita ou o rendimento; e (b) o poder de dispor do seu valor em moeda”.¹⁹³

No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa pontua que, no regime de competência, os acréscimos patrimoniais devem ser registrados quando o bem ou direito correspondente estiver integrado definitivamente ao patrimônio social, ou seja, quando a receita for jurídica ou economicamente auferida.¹⁹⁴

Para Hiromi Higuchi, a legislação do imposto de renda adota o regime de competência para a tributação dos resultados das empresas, sendo esse regime a regra geral de reconhecimento dos rendimentos, cabendo exceção somente no caso de disposição expressa de lei em sentido contrário.¹⁹⁵ Bulhões Pedreira, por sua vez, afirma que a legislação fiscal acolhe, tradicionalmente, o reconhecimento dos lucros quando realizados, mas ela comporta exceções, tais como a tributação dos lucros potenciais registrados nas reavaliações e o diferimento da tributação dos ganhos de capital, decorrentes da venda de ativo imobilizado, para o momento do recebimento do seu preço em moeda.¹⁹⁶

¹⁹¹ Trata-se, inclusive, de determinação expressa da Lei das Sociedades Anônimas, conforme os termos do seu art. 177.

¹⁹² PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 295.

¹⁹³ Id. Ibid., p. 296.

¹⁹⁴ CARVALHOSA, Modesto. op. cit., v. 3. p. 643.

¹⁹⁵ HIGUCHI, Fabio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki; HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 32. ed. São Paulo: IR Publicações, 2007. p. 214.

¹⁹⁶ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 294-298.

4.3.1. Realização do lucro conforme as normas contábeis e o momento da tributação da renda nas pessoas jurídicas – princípio da realização da renda

Para que o rendimento ou a receita, segundo o regime de competência, constituam ganho efetivo da pessoa jurídica e, conseqüentemente, possam ser reconhecidos na formulação do lucro, é necessário que este seja considerado realizado. Extrai-se, assim, o princípio da realização da renda.

Considera-se realizado o lucro quando: (i) a sua conversão em direitos acresça o patrimônio da pessoa jurídica; (ii) essa conversão se procede mediante troca de mercado; (iii) a pessoa jurídica já tenha cumprido as obrigações que para ela nascem dessa troca; e (iv) os direitos recebidos na troca tenham valor mensurável.¹⁹⁷

A conversão em direitos ocorre quando um bem do ativo da sociedade (nas atividades operacionais, os bens do seu estoque) é trocado por direitos, e esses acrescem o patrimônio da pessoa jurídica. Assim, a venda de bem do ativo permanente pelo valor do seu custo não apresenta lucro, pois não há acréscimo ao patrimônio da pessoa jurídica. Da mesma forma, não constitui lucro realizado o acréscimo potencial de bens da sociedade ainda não vendidos; há aumento do patrimônio, mas não a sua conversão em direitos.

O segundo requisito, pelo qual o lucro somente é considerado realizado quando as condições e os valores que regem a troca são aqueles existentes no mercado, exige também que as trocas sejam realizadas com pessoas não ligadas à pessoa jurídica, a fim de preservar a competição e, conseqüentemente, o valor de mercado da troca efetuada.

A necessidade, para o reconhecimento do lucro bruto, do cumprimento da obrigação que a pessoa jurídica assumiu decorre da obrigatoriedade de conhecimento dos custos incorridos na troca. Assim, nos casos em que a pessoa jurídica obriga-se a vender bem que ainda não produziu, o conhecimento do custo somente ocorrerá quando da entrega final do bem. Não

¹⁹⁷ Conforme Id. Ibid., p. 279-281.

há lucro antes do referido momento, mesmo que o comprador tenha adiantado recursos para a produção do bem.

Tem-se, por fim, a exigência, para o reconhecimento do rendimento, de que os valores recebidos na troca sejam mensuráveis e de certa liquidez. Na hipótese mais comum, o vendedor recebe o preço mediante crédito para a liquidação futura; nessa situação, o lucro deve ser reconhecido quando do recebimento do crédito, mesmo que ainda não-liquidado. Diferente é o caso no qual a pessoa jurídica recebe a contraprestação do bem ou serviço fornecido mediante a entrega de bem sem valor certo de mercado ou de difícil liquidação. Nesse hipótese, a pessoa jurídica deve registrar o bem ou serviço recebido pelo custo do bem ou serviço fornecido, diferindo a tributação para o momento da liquidação do bem recebido.

Ao analisar os fatos que originam os acréscimos patrimoniais e o momento da realização do lucro, Modesto Carvalhosa simplificou a questão adotando a dicção utilizada pelo CTN. Assim, para o autor, os lucros devem ser registrados em dois momentos: “*a*) no momento em que se considera jurídica e economicamente auferida a receita, isto é, quando o bem ou direito correspondente tiver integrado o patrimônio social; ou *b*) no momento em que a receita é efetivamente recebida”.¹⁹⁸

4.4. Tributação presumida da pessoa jurídica

4.4.1. Conceito e forma de apuração e regime de reconhecimento da receita

A base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas pode ser alcançada por meio da apuração do lucro real, conforme foi exposto anteriormente,¹⁹⁹ por meio do lucro

¹⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. op. cit., v. 3, p. 643.

¹⁹⁹ Vide Capítulo IV - O imposto de renda das pessoas jurídicas.

presumido, ou ainda pela apuração do lucro arbitrado, nos termos do disposto no art. 44 do CTN.²⁰⁰

O lucro presumido constitui um favor que a lei faculta a determinados contribuintes que se enquadram nas categorias previstas na legislação,²⁰¹ caracterizando-se como uma modalidade simplificada de determinação da base de cálculo do imposto de renda, sem a necessidade de manutenção de controles fiscais e contábeis exigidos para a determinação do lucro real.²⁰²

O mecanismo de presunção adotado pela legislação em vigor (art. 15 da Lei nº 9.249/95 e arts. 1º e 25 da Lei nº 9.430/96, refletidos nos arts. 518 e 519 do RIR/99) consiste na aplicação de um percentual presumido de lucratividade, de acordo com a natureza da receita auferida, sobre o faturamento bruto das empresas, presumindo-se assim um lucro que sofrerá a tributação pelo imposto de renda e pela contribuição social sobre o lucro.

O lucro presumido corresponde a um valor próximo ao lucro que seria alcançado se adotada a sistemática do lucro real; desta forma o contribuinte é induzido a analisar os benefícios da tributação presumida. Se sua lucratividade for superior à estimada pela lei, tenderá a optar pelo lucro presumido, se inferior considerará o lucro real como mais vantajoso. Outros fatores influenciarão na escolha por uma ou outra forma de apuração, tais como a simplificação dos controles fiscais, com a conseqüente redução dos custos administrativos; a tributação pelo regime de caixa, excepcionando o regime de competência trazido pelo lucro real; ou até mesmo a vinculação de apuração das contribuições sociais do PIS e da COFINS pela sistemática cumulativa.²⁰³

A tributação presumida sofreu profunda modificação nos últimos anos com vistas, sobretudo, a alargar o número de contribuintes que possam optar pelo lucro presumido.

²⁰⁰ O art. 44 do CTN dispõe: “A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou proventos tributáveis”.

²⁰¹ Conforme SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*, cit., p. 281-282.

²⁰² Vide em sentido similar, VIEIRA, Leliana de Pontes; PAIVA, Carlos Emanuel. *Lucro presumido: regime de tributação. Imposto de renda: estudos*, São Paulo, n. 23, p. 19, abr. 1992.

²⁰³ O lucro presumido pressupõe a tributação das receitas pela sistemática cumulativa, a alíquota de 0,65% para o PIS e 3% para a COFINS. Para algumas atividades esta sistemática em comparação à forma de apuração não-cumulativa das referidas contribuições (com alíquotas de 1,65% e 7,6% respectivamente) é mais vantajosa, o que leva a considerar, na opção do lucro presumido, não só os efeitos dos tributos incidentes sobre o lucro, mas também das contribuições sociais incidentes sobre a receita.

Atualmente os limites aplicáveis são de duas diferentes categorias: natureza da atividade e montante da receita.²⁰⁴

Para Regina Helena Costa, a tributação pelo lucro presumido encontra-se em adequado convívio com os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da praticidade fiscal,²⁰⁵ já que a tributação presumida atribui tratamento diferenciado aos contribuintes considerados de menor porte em relação aos demais, na medida da sua diferença, atendendo ao corolário do princípio da igualdade, bem como observa à capacidade contributiva, por estimar uma margem presumida de lucro que se aproxima da realidade das empresas, acresça-se a isso o fato de a tributação presumida ser opcional.

A praticabilidade compreende, segundo a autora, um princípio não-escrito, pois encontra-se implícito por detrás das normas constitucionais; é, portanto, um princípio geral e difuso que deve orientar o legislador ordinário na formulação legislativa. Entende-se por praticabilidade o “conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico.”²⁰⁶ Nesse sentido, a tributação presumida atende a exigência da praticidade na medida em que possibilita ao contribuinte calcular a tributação da renda de forma simplificada, se comparado esse cálculo com a apuração pelo lucro real.

A tributação presumida encontra também suporte na ordem econômica constitucional, no art. 179, que prevê o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Luís Eduardo Schoueri ressalta que o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte deve relacionar-se com o princípio da livre concorrência, na medida em que esta só será alcançada com a participação de uma quantidade razoável de empresas que atuem no mesmo mercado. O tratamento favorecido apresenta-se como uma concretização do princípio da igualdade, visto que atribui tratamento diferenciado a empresas que se encontram em situações diversas, na medida das suas diferenças.²⁰⁷

²⁰⁴ São obrigadas à tributação pelo lucro real as empresas: (i) cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior a R\$ 48.000.000,00; (ii) instituições financeiras ou equiparadas; (iii) que auferirem lucros, rendimentos ou ganhos de capital do exterior; (iv) que usufruam benefícios fiscais; (v) que, no curso do exercício tenham efetuado pagamento do imposto de renda pelo regime de estimativa; (vi) *factorings*.

²⁰⁵ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária, exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 259.

²⁰⁶ Id. *Ibid.*, p. 53.

²⁰⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, cit., p. 100-101.

Outro aspecto que deve ser observado na tributação presumida relaciona-se ao conceito de renda conforme previsto no art. 43 do CTN. O lucro presumido é, conforme acima destacado, uma das formas de apuração da base de cálculo do imposto de renda, e não se diferencia no seu alcance e nos seus limites do lucro real ou do lucro arbitrado. É dizer que o lucro presumido pode tributar a renda disponível do contribuinte, nada além disto.

Parece que para Ricardo Mariz de Oliveira a tributação presumida não pressupõe a observância da renda auferida pelo contribuinte, pois seria ela uma opção em relação à apuração preferencial do lucro real. Assim escreve o autor: “Seja como for, da previsão alternativa do art. 44 emerge um princípio implícito, segundo o qual o lucro real tem prevalência sobre as alternativas do lucro arbitrado e do lucro presumido.” e mais adiante conclui: “(...) a base presumida deve destinar-se à opção ofertada à livre escolha do contribuinte, quanto este prefere um procedimento mais simplificado admitido em lei.”²⁰⁸

O lucro presumido é uma das bases de apuração da renda eleita pelo art. 44 do CTN, que em nada autoriza o tratamento preferencial ao lucro real, na medida em que somente este deveria observar o fato gerador do imposto de renda, conforme definido no artigo 43 precedente. Evidentemente que na tributação presumida não se alcançará a renda *real*, no entanto, deve esta aproximar-se ao máximo dos percentuais que reflitam a capacidade econômica do contribuinte, sob pena de inobservância da coerência exigida pelo sistema e, em caso no extremo, fazer letra morta da norma do art. 44 do CTN, na medida em que a escolha de percentual de presunção que se afasta da realidade impediria a livre opção do contribuinte.

Por fim, a tributação pelo lucro presumido possibilita ao contribuinte reconhecer o faturamento decorrente do exercício de suas atividades e conseqüentemente o lucro presumido calculado com base na receita pelo regime de caixa, ou seja, na medida do recebimento dos recursos e não quando do reconhecimento do direito de aquisição da renda (regime de competência).²⁰⁹ A exceção à regra geral do reconhecimento das receitas justifica-se pela forma de tributação simplificada e pela ausência da obrigatoriedade de controles fiscais mais rígidos, constituindo mais um fator de diferenciação para o contribuinte que optar pelo lucro presumido.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda, cit., p. 212.

²⁰⁹ A possibilidade de adoção do regime de caixa encontra-se na Instrução Normativa nº 104/98.

A tributação presumida do lucro é largamente utilizada pelas empresas que atuam no setor imobiliário e por conta das especificidades das atividades desenvolvidas, demanda regras próprias na sua imposição, apresentando-se como campo farto para a identificação de princípios que regem esta forma de imposição tributária, o que será objeto de análise no **CAPÍTULO VII – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO PRESUMIDO**.

4.5. Tributação do imposto de renda das pessoas físicas – ganho de capital

4.5.1. O ganho de capital como renda

A tributação dos ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas demanda algumas considerações teóricas necessárias à compreensão do alcance, limites e fundamentos desta forma de imposição.

Para parte da doutrina, a mais-valia não se enquadra no conceito de rendimento, tratando-se na verdade de um ganho de capital. Rubens Gomes de Sousa destaca que falta à mais-valia o caráter de reprodutividade, entendida como a capacidade de o rendimento repetir-se indefinidamente por intervalos periódicos, visto que a mais-valia somente é realizada mediante a alienação do bem que lhe deu origem e, conseqüentemente, impedindo a sua reprodução.²¹⁰

Consideram-se, assim, as mais-valias um ganho do capital investido e não propriamente um rendimento na acepção de um produto de uma fonte permanente.

²¹⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 1950. p. 115.

As mais-valias ou ganhos de capital são, portanto, renda, decorrente do aumento do valor de mercado de um bem de propriedade do contribuinte. Opõem-se a este conceito o de renda ordinária resultante da venda de bens ou serviços em função da ausência de objeto comercial e finalidade de lucro.^{211 212}

Henry Tilbery possui entendimento diverso sobre a questão. Para o autor, as mais-valias auferidas por pessoa física na alienação de bens são alheias à concepção de rendimento, entendido rendimento, neste particular, como sinônimo de renda. Ressalva, no entanto, que os ganhos reconhecidos com o intuito de lucro e com a habitualidade incluem-se no conceito de renda, esta sim tributável pelo imposto de renda.²¹³

No mesmo sentido, Tullio Ascarelli, Rubens Gomes de Sousa e João Batista Pereira de Almeida Filho analisaram a questão sob a óptica da teoria dos frutos e da árvore, ou seja, da origem do rendimento. Para que haja renda é necessária a separação do rendimento da fonte que lhe produziu, que o valor seja realizado e que tenha a possibilidade, mesmo que em tese, de ser reproduzida. A mais-valia não se enquadra no conceito de renda anteriormente colocado.²¹⁴

A consequência da exclusão das mais-valias do conceito de renda geraria a impossibilidade de sua imposição pelo imposto de renda, devendo ser objeto de um imposto especial, com regras e princípios distintos daqueles aplicáveis à tributação sobre a renda. No entanto, mesmo considerando-se os ganhos de capital fora do conceito de renda, a doutrina anterior à edição do Código Tributário Nacional tendia a incluí-los no campo de incidência do imposto de renda, por tratar-se de provento de qualquer natureza. Veja nesse sentido as palavras de Rubens Gomes de Sousa: “A competência da União não está, com efeito, limitada tão só à tributação da renda pròpriamente dita, estendendo-se também à tributação dos ‘proventos de qualquer natureza’, entre os quais indubitavelmente se incluem as mais valias.”²¹⁵

²¹¹ Conforme MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a tributação de ganho de capital*. 1972. f. 48. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1972.

²¹² Vide item 3.1.7. Teoria do produto de uma fonte permanente.

²¹³ TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital das pessoas jurídicas: comentário ao Decreto-lei n. 1598/1977*. São Paulo: Resenha Tributária; Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978. p. 19.

²¹⁴ ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira de. *Lucros extraordinários e imposto de renda*. São Paulo: Martins, 1944. p. 102-103.

²¹⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*, cit., p. 135.

O debate acima efetuado parte de uma determinada definição de renda, no caso a renda – produto. Se adotado conceito diverso, a discussão perderia sua razão de existir. Tanto o conceito fundamental de renda²¹⁶ como a renda conforme definida pela legislação vigente²¹⁷ incluem em seu campo de imposição as mais-valias. Por essa razão não se questiona, atualmente, a possibilidade de o imposto de renda tributar os ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas.²¹⁸

Cumprir verificar se a legislação que efetivou a tributação dos ganhos de capital dispensou tratamento ordinário à renda decorrente das mais-valias ou se criou um verdadeiro imposto especial, o que será objeto de análise no item 9.1. A tributação do ganho de capital na venda de imóveis.

4.5.2. Apuração do ganho de capital – questões controversas

4.5.2.1. Base de cálculo – efeitos inflacionários e abatimentos

Destaca-se, de início, que os ganhos de capital para as pessoas físicas ocorrem em sua grande maioria em decorrência da venda de imóveis ou participações societárias. Dar-se-á, pelos objetivos do presente estudo, maior atenção ao lucro oriundo da alienação de bens imóveis.

A apuração da base de cálculo do ganho de capital suscita importantes discussões, que dizem respeito à possibilidade de atualização monetária do custo de aquisição do bem e dos valores passíveis de abatimento do lucro imobiliário.

²¹⁶ Vide item 3.1.4. O conceito fundamental de renda.

²¹⁷ Vide item 3.2.1. A renda na legislação nacional.

²¹⁸ Vide nesse sentido SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*, cit., p. 135.

A primeira questão pode ser assim colocada: o ganho de capital é reconhecido quando da alienação do bem,²¹⁹ o que ocorre, normalmente, após longo período em que o ativo constou na propriedade do contribuinte, implicando a desatualização do seu valor originário em decorrência dos efeitos inflacionários. Qual o tratamento que deve ser dispensado à apuração do lucro nessas situações?

A mais-valia pode ter origem tanto na desvalorização do poder de compra da moeda como no efetivo aumento do valor do ativo. Os lucros decorrentes dos efeitos inflacionários não constituem renda, na visão de Rubens Gomes de Sousa, pois lhes falta a produção de riqueza nova necessária à verificação da matéria tributária. Nas palavras do citado autor: “A reavaliação do ativo conseqüente a uma redução do poder aquisitivo do dinheiro consagra portanto simplesmente a representação gráfica da alteração sofrida pelo padrão de medida: não introduz nenhum elemento novo de riqueza, não aumenta em nada o valôr intrínseco do patrimônio reavaliado.”²²⁰

Para que haja renda é necessário o acréscimo de patrimônio, não o seu aumento meramente formal decorrente do ganho nominal, mas aquele que gere uma riqueza nova ao contribuinte; somente assim será caracterizada a renda.

Veja-se o exemplo de um contribuinte que aliena seu imóvel detido há 5 anos por 200 unidades, assumindo-se que o bem foi anteriormente adquirido por 100 unidades e nesse mesmo período verificou-se uma inflação de 120%. Apura-se na venda um lucro imobiliário nominal de 100 unidades, enquanto que o resultado real, descontados os efeitos inflacionários, apresenta-se como negativo. Há, portanto, uma redução patrimonial gerada pela desvalorização monetária, não há riqueza nova e portanto não há renda.

Se o fundamento último da tributação da renda é a sensação de bem-estar do indivíduo,²²¹ constata-se, como acima exemplificado, que o lucro fictício decorrente da inflação não reflete um aumento desse bem-estar e, desta forma, não deve ser considerado como renda. Se economicamente o referido ganho não é renda, não pode ser eleito como tal pela

²¹⁹ Vide item 9.1.2. Momento da tributação e base de cálculo.

²²⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*, cit., p. 114.

²²¹ Vide nesse sentido 3.1.1. A renda como medida de um sistema tributário mais justo – o bem-estar como parâmetro de renda.

legislação, sob pena de inobservância do art. 153 da Constituição e do próprio art. 43 do CTN.²²²

Outra questão controversa refere-se ao abatimento das despesas necessárias à obtenção da receita quando da venda do bem. Partindo-se da premissa de que a fundamentação da tributação da renda decorrente da mais-valia é o acréscimo patrimonial do contribuinte, importa verificar qual o acréscimo que deve ser considerado como renda para fins da tributação.

Alcides Jorge Costa, anteriormente citado, lembra que a teoria do acréscimo patrimonial pressupõe o abatimento, do montante total recebido de terceiros durante o período, das despesas necessárias para a obtenção deste total.²²³ As despesas necessárias à geração da receita não constituem renda, pois não acrescem o patrimônio do contribuinte, bem como não aumentam o bem-estar do indivíduo, na mesma linha do raciocínio acima efetuado.

Desta forma, as despesas de corretagem, reformas e adequação do imóvel e imposto incidentes sobre a propriedade imobiliária devem ser reduzidas da receita percebida na apuração do ganho de capital.

4.5.2.2. Momento da apuração e situações que se considera realização do bem

Há dois momentos em que se verifica, em tese, a possibilidade de imposição dos ganhos de capital: quando da alienação do bem; ou quando da sua avaliação periódica a preços de mercado.

A primeira consideração teórica é quanto à adequação da teoria da renda como acréscimo patrimonial à possibilidade de tributação das mais-valias antes da sua efetiva realização. O conceito fundamental considera renda os acréscimos patrimoniais não-realizados, já que a

²²² Vide discussão no item 3.2. O fato gerador do imposto de renda no Código Tributário Nacional.

²²³ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável, cit., p. 23.

valorização do bem possibilita um aumento do bem-estar do indivíduo e, segundo esse entendimento, da sua capacidade contributiva.²²⁴

No que tange à legislação complementar, o art. 43 do CTN prevê a tributação do acréscimo patrimonial desde que disponível econômica ou juridicamente. Por disponibilidade econômica ou jurídica, concluiu-se nas discussões efetuadas,²²⁵ que se caracteriza pela aquisição do direito à renda ou proventos. Pode-se alegar, assim, que o contribuinte teria o direito ao bem reavaliado e, portanto, estaria caracterizada a disponibilidade, ainda que latente dos bens detidos, podendo a qualquer momento dispor dos ativos a fim de realizar a venda monetarizando o valor da mais-valia.

Esta posição não é unânime, encontrando vozes contrárias como a de Bulhões Pedreira, para quem o conceito de renda comporta somente os acréscimos realizados, já que somente nestes estaria presente o requisito da transferência de direitos.²²⁶

A questão prática recebe diferente contorno a partir da lição de Rubens Gomes de Sousa: “(...) a disponibilidade adquirida pode, nos termos da definição, ser ‘econômica’ ou ‘jurídica’ (CTN, art. 43, *caput*). A aquisição de ‘disponibilidade econômica’ corresponde ao que os economistas chamam de ‘separação’ de renda: é a sua efetiva percepção em dinheiro ou outros valores (RIR art. 498).

A aquisição de ‘disponibilidade jurídica’ corresponde ao que os economistas chamam de ‘realização’ da renda: é o caso que embora o rendimento ainda não esteja ‘economicamente disponível’ (isto é, efetivamente percebido), entretanto o beneficiário já tenha título hábil para percebê-lo (RIR, art. 95, § 1º).”²²⁷

Deve-se verificar se o *título hábil* a que faz menção o autor caracteriza-se pela propriedade do bem que teve seu valor aumentado ou somente quando da venda do direito de perceber os valores, ainda não-recebidos, relativos à venda efetuada. Para Antonio Carlos Garcia de Souza, Gilberto Ulhôa Canto e Ian de Porto Alegre Muniz, a disponibilidade econômica

²²⁴ Vide item 3.1.4. O conceito fundamental de renda.

²²⁵ Item 3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica de renda).

²²⁶ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., v. 1.

²²⁷ SOUSA, Rubens Gomes de Sousa. *Pareceres 3: imposto de renda*, cit., p. 277.

ocorre quando o contribuinte pode “efetivamente, tomar, usar e alienar o bem ou direito.”²²⁸

A matéria, como acima analisado, é controversa; fato é que a legislação ordinária optou por tributar o ganho de capital somente quando realizado.

Considerações semelhantes são aplicáveis no caso da permuta de bens imóveis. Indaga-se se nas operações de permuta a legislação ordinária poderia impor a tributação sobre o ganho de capital.

Assim, se o contribuinte tem o direito à renda decorrente da mais-valia integrado ao seu patrimônio mesmo antes da sua realização, quando da permuta deste bem poderá a lei tributar o ganho de capital. Ocorre, entretanto, que nas permutas pela ausência de valor da transação, não há como apurar-se o valor do ganho, razão pela qual, como será analisado,²²⁹ a legislação possibilita o diferimento da imposição para o momento da efetiva realização em dinheiro do bem.

4.6. Síntese do quarto capítulo

Apresenta-se a seguir a síntese dos temas discutidos e das conclusões alcançadas no curso deste capítulo III:

(i) tradicionalmente, a legislação fiscal nacional sempre se utilizou da base contábil como ponto de partida para a apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas;

²²⁸ SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. op. cit., p. 5.

²²⁹ No item 9.1.2.2. Hipóteses equiparadas à alienação para efeito da apuração do ganho de capital.

(ii) até o início de vigência da Lei nº 11.638/07 adotava-se o lucro líquido do exercício, calculado com a observância dos preceitos de direito comercial e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, como base de cálculo inicial do lucro real;

(iii) havia grande aproximação entre o lucro contábil e o jurídico, o que motivou discussões esparsas entre o fisco e o contribuinte ao cabo de mais de 30 anos de vigência dos dispositivos contábeis da Lei das Sociedades Anônimas;

(iv) não há na verdade um lucro *real*, na medida em que não há como apurar o lucro verdadeiro; a legislação freqüentemente se utiliza de presunções com respeito a determinados valores que seriam de difícil verificação. Nesse sentido, deve-se ter em mente que o lucro fiscal não é com exatidão o lucro verdadeiro da empresa, mas sim um resultado que se aproxima deste, devendo, mesmo assim, respeitar na sua apuração os princípios tributários que versam sobre a tributação da renda;

(v) a legislação comercial tem objetivos próprios e diversos da legislação tributária; os princípios contábeis, por sua vez, são normas convencionais, alteradas na medida da evolução da ciência contábil, ambos, por essas razões, inadequados para determinar a base de cálculo da obrigação tributária;

(vi) o imposto de renda das empresas tributa a geração de riqueza nova, refletida no acréscimo patrimonial do contribuinte. A legislação comercial e os princípios de contabilidade sempre atenderam a finalidades diversas da matéria tributária, razão pela qual a legislação previa os ajustes na apuração da base de cálculo do imposto, efetuados em apartado da contabilidade, por meio de adições, exclusões e compensações ao lucro líquido do exercício;

(vii) as referidas adições, exclusões e compensações eram expressas na legislação tributária e, por vezes, não previam hipóteses em que a legislação societária e contábil divergia do fato gerador do imposto de renda, causando situações em que o contribuinte via-se obrigado a questionar se o lucro líquido apurado prestava-se a suportar o cálculo do lucro real;

(viii) a Lei nº 11.638/07 inaugurou um novo período onde o lucro contábil distancia-se do lucro fiscal, o que demandará do legislador, das autoridades fiscais e dos contribuintes maior atenção aos princípios tributários que regem a imposição sobre a renda. Enquanto a nova lei privilegia a essência sobre a forma, o fato gerador do imposto de renda tributa a renda juridicamente reconhecida, refletida no acréscimo patrimonial do contribuinte;

(ix) a contabilidade, nos moldes do apurado pela nova lei não serve mais como ponto de partida para a apuração do lucro fiscal, pois distanciou-se dos conceitos jurídicos de patrimônio, renda e lucro, necessários para a compreensão do fato gerador do imposto de renda;

(x) por esta razão foram previstas duas formas de alcançar a base de cálculo do imposto de renda, uma similar à sistemática anteriormente prevista – por meio da utilização de livros auxiliares sem modificação da escrituração mercantil; a outra executando-se a apuração do lucro de acordo com as normas fiscais para, posteriormente, após o cálculo do imposto, proceder aos ajustes contábeis de harmonização previstos na lei comercial e nos novos pronunciamentos contábeis. Esta última forma de apuração foi recém revogada pelo art. 36 da Medida Provisória nº 449/08, de 3 de dezembro último;

(xi) a primeira forma de apuração, prevista na redação do § 2º do art. 177 da Lei das Sociedades Anônimas dada pela Lei nº 11.638/07, que consistia no ajuste extracontábil do lucro líquido apurado de acordo com a nova lei, esbarrava na falta de previsão pela legislação tributária da exclusão ou adição dos valores decorrentes dos ajustes de harmonização. Não haveria, assim, segurança jurídica para os contribuintes ou as autoridades fiscais anularem os efeitos dos ajustes contábeis na apuração do lucro real;

(xii) a segunda opção consistia na apuração de um balanço calculado com a observância da legislação tributária alcançando-se o lucro real direto da contabilidade; não haveria que se falar em ajustes para a apuração da base de cálculo do imposto. Nesse caso estaria superada a discussão quanto à falta de previsão, pela legislação fiscal, das adições e exclusões dos valores que impactam o lucro do exercício, na medida em que tais valores já seriam anteriormente reconhecidos diretamente nos livros contábeis;

(xiii) visando dar aos contribuintes a segurança de que a implementação de uma nova contabilidade não afetasse o cálculo dos tributos sobre a renda, a Lei nº 11.638/07 trouxe o § 7º que previu a neutralidade dos ajustes contábeis, de maneira a impedir que os ajustes de harmonização não constituam base de incidência de impostos e contribuições; essa neutralidade foi revogada pelo art. 65 da Medida Provisória nº 449/08;

(xiv) com a edição da Medida Provisória nº 449/08 foi criado o Regime Tributário Transitório – RTT que visa regulamentar a apuração do lucro real para as empresas sujeitas à nova sistemática contábil. A adoção do referido regime vem acompanhada de disposição, no art. 16 da referida MP, que prevê a reversão dos efeitos dos ajustes de harmonização;

(xv) a crítica que se efetua é justamente em relação à falta de coerência sistêmica da nova Lei, pois toda a legislação fiscal é voltada à apuração do lucro real tendo como ponto de partida o lucro líquido apurado contabilmente, ajustado fiscalmente conforme previsões expressas em lei. A permissão de neutralidade fiscal, apesar de elogiável, traz sob determinada óptica, insegurança às relações entre o fisco e os contribuintes, pois será necessária uma verificação prévia, até certo ponto discricionária, para identificar se os efeitos no lucro líquido tiveram origem nos ajustes de harmonização, para somente então ser aplicada ou não a neutralidade fiscal;

(xvi) o regime de competência é adotado como método de reconhecimento das receitas e despesas nas demonstrações financeiras. Consiste na contabilização no resultado do exercício, das receitas e dos rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda, bem como dos custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos reconhecidos; trata-se assim de um critério informador da tributação da renda;

(xvii) decorre do regime de competência o critério do emparelhamento das receitas e despesas, entendido como o reconhecimento das receitas na medida da ocorrência dos custos, despesas, encargos ou perdas diretamente relacionados às referidas receitas;

(xviii) o critério informador da realização da renda diz respeito ao momento em que deve ser reconhecido o rendimento ou ganho do contribuinte. Considera-se assim realizada a renda somente quando observados quatro requisitos: (a) haja a conversão em direitos que

acresça o patrimônio da pessoa jurídica; (b) essa conversão se proceda mediante troca de mercado; (c) a pessoa jurídica já tenha cumprido as obrigações que para ela nascem dessa troca; e (d) os direitos recebidos na troca tenham valor mensurável. O princípio da realização relaciona-se diretamente com a disponibilidade jurídica ou econômica da renda; trata-se, na verdade, da determinação, para efeito do imposto de renda da pessoa jurídica, do detalhamento do exato momento em que ocorre a referida disponibilidade;

(xix) o imposto de renda das pessoas jurídicas pode ser alternativamente apurado pela sistemática do lucro presumido. A tributação presumida apresenta-se como um favor legal concedido ao contribuinte que apurará o lucro de acordo com a aplicação de percentuais estabelecidos em lei sobre a receita auferida, sem a necessidade de manter controles fiscais complexos como os exigidos na apuração pelo lucro real;

(xx) a tributação presumida atende ao princípio da praticabilidade, ao estabelecer um sistema simplificado que viabilize a apuração da base de cálculo do imposto de renda. Apesar do seu caráter opcional, o lucro presumido deve atender a capacidade contributiva, quando da fixação dos percentuais de presunção próximos da realidade das atividades tributadas. Apresenta-se, ainda, como uma sistemática que concretiza o princípio da igualdade, na medida em que estabelece para as empresas de menor porte uma forma de apuração diferenciada daquelas de maior poder econômico; pela mesma razão é atendido o reclamo ao tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte do art. 179 da Constituição Federal;

(xxi) as mais-valias decorrentes do aumento do valor do bem detido pelo contribuinte incluem-se no conceito econômico de renda e também estão no campo de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário quando este define a renda como acréscimo patrimonial;

(xxii) as mais-valias que têm origem na desvalorização do poder de compra da moeda não constituem renda, já que não há a geração de riqueza nova e, portanto, ausente o acréscimo patrimonial. Da mesma forma, para que se tribute o acréscimo patrimonial é necessário o abatimento dos gastos necessários à geração do ganho, em atenção ao critério informativo da tributação da renda líquida;

(xxiii) o conceito econômico de renda como acréscimo patrimonial, bem como a previsão da sua tributação nos moldes do art. 43 do CTN trazem dúvida quanto à possibilidade de imposição das mais-valias em momento anterior à sua realização. A discussão, atualmente, tem sua importância reduzida, pois a legislação ordinária optou por tributar os ganhos de capital somente quando da sua efetiva realização.

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO V - AS ATIVIDADES, OS AGENTES E OS INSTRUMENTOS DO MERCADO IMOBILIÁRIO

Este estudo dedicar-se-á à análise da tributação da renda decorrente das operações imobiliárias. Nesse sentido é necessário o conhecimento das operações desenvolvidas pelos agentes que atuam no mercado imobiliário a fim de poder melhor compreender a natureza dos negócios desenvolvidos e dos agentes que participam do referido segmento econômico.

Quanto aos agentes do mercado imobiliário que merecerão análise, sempre limitada à renda das operações imobiliárias, dedicar-se-á atenção às pessoas jurídicas, às pessoas físicas e aos fundos de investimentos imobiliários, estes últimos por constituírem-se como um agente investidor importante no referido mercado. Será analisada, ainda, a tributação das operações de securitização de recebíveis efetuadas por meio da emissão de títulos representativos dos créditos imobiliários tais como os Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI.

Para a consecução dos objetivos descritos neste trabalho, e a verificação mais precisa da interpretação das normas e dos princípios que conformam o fato gerador das obrigações tributárias que incidem sobre a renda auferida pelos agentes econômicos que atuam no referido setor da economia, são necessários o conhecimento e a delimitação do que se convencionou chamar *mercado imobiliário*.

Ao discorrer sobre a figura do incorporador imobiliário, Caio Mário da Silva Pereira assim destaca a necessidade de compreensão do negócio para, então, estudar o direito que o atinge: “Antes de passarmos ao estudo de sua pessoa dentro do direito, devemos observá-lo dentro do negócio, pois aqui temos um caso típico de atividade jurídica mobilizada no

rumo de buscar disciplina a um ente que nasceu da imposição das exigências do comércio social.”²³⁰ É o que será, a seguir, efetuado.

Mercado imobiliário, indústria da construção civil ou setor imobiliário são termos imprecisos que não refletem com exatidão quais operações, agentes e instrumentos atuam nesse segmento da economia. Várias são as atividades desenvolvidas no setor. Entre elas, podemos citar: (i) a incorporação imobiliária; (ii) a venda de imóveis próprios; (iii) a venda de imóveis de terceiros – atividade de corretagem regulamentada pela Lei nº 6.530/68; (iv) o loteamento, regulamentado pela Lei nº 6.766/79; (v) a locação de imóveis próprios, em regime da Lei nº 8.245/91, ou nas operações de *built to suit*; e (vi) a construção civil para terceiros, excluído o regime tributário aplicável à construção de obras públicas.

Por sua vez, os agentes que atuam nesse mercado são: (i) as pessoas físicas; (ii) as pessoas jurídicas; (iii) os não-residentes; (iv) os fundos de investimentos imobiliários (FII) regulamentados pela Lei nº 9.799/99; (v) as companhias securitizadoras; e (vi) as companhias hipotecárias. Vários fundos regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, além dos FIIs, atuam direta ou indiretamente no setor imobiliário. São exemplos mais comuns: os Fundos de Investimento em Participações (FIP) e os Fundos de Investimento de Direitos Creditórios (FIDIC).

Tais *veículos* (FIP e FIDIC) podem atuar em diferentes mercados, não se limitando a operar no mercado imobiliário, e, quando o fazem, atuam por meio dos instrumentos a seguir citados ou por meio dos agentes anteriormente mencionados, razão pela qual não serão objeto da análise central do presente estudo, o que, no entanto, não impedirá menções à sua atuação. O mesmo ocorre com as demais instituições financeiras autorizadas a operar com os agentes do mercado.

São, ainda, instrumentos que fomentam a atividade imobiliária ligada, em especial, às operações de securitização de recebíveis: (i) os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI); (ii) as Letras Hipotecárias (LH); (iii) as Letras de Crédito Imobiliário (LCI); e (iv) os Certificados de Crédito Imobiliário – (CCI).

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 231.

5.1. Conceito de bem imóvel

A doutrina define bem imóvel como sendo coisas imóveis ou outros objetos que o direito equipara a imóveis.²³¹ Assim, são imóveis as coisas que não se pode transportar sem a sua destruição. Ainda, na vigência do Código Civil de 1916, os arts. 43 e 44, em decorrência de tal definição, dividiram os bens imóveis em quatro categorias distintas: imóveis por sua natureza; imóveis por acessão física; imóveis por acessão intelectual e imóveis por definição legal.²³²

A definição acima baseada no antigo Código não foi substancialmente alterada pelo novo Código Civil, que tratou na matéria em seus arts. 79 a 81. São imóveis por natureza as coisas que se não podem transportar, sem destruição, de um para outro lugar, tais como “o solo e seus acessórios e adjacências naturais, abrangendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo. (...) As massas minerais ou fósseis existentes no subsolo, que no regime do Código Civil de 1916 eram parte integrante deste e pertencentes ao proprietário do solo, passaram a constituir propriedade distinta, integrada no patrimônio da União Federal, que outorga ao particular mera concessão para sua exploração. Não bastante esta transformação, o Código de Minas as considera imóveis (art. 42), e o são por natureza, até que se opere, pela indústria humana, a sua separação da jazida que as conserva. O curso

²³¹ Assim define Pontes de: “1. CONCEITO. - Os bens imóveis ou são coisas imóveis ou outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens imóveis. São coisas imóveis os prédios (praedia), isto é, o solo, com o subsolo e o espaço aéreo, árvores, frutos pendentes, a semente lançada à terra, os edifícios e construções, que se não possam remover sem destruição, modificação, fratura, ou dano (ligação corporal), e o que, embora seja despregável sem alteração do imóvel e apareça, exteriormente, como coisa, esteja ligado ao solo, em conexão corporal que se baseie, pelo menos, na gravidade e tenha sido colocado para perder a sua individualidade (art. 43, III: “Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade”). O bem imóvel faz então um todo, sendo que o terreno é o núcleo; sem ele não se pode pensar em edificação, ou outro bem, que possa ser tido como objeto de direito em separado. O edifício é parte integrante do prédio. Bem assim, os muros, os canais, os canos, as manilhas; porém não os bancos do jardim, ainda que tenham lugar para encaixe dos pés, pôsto que o lampeão de quintal, ou jardim, ainda que apenas colocado no lugar e fixado só por seu pêso, seja parte integrante. As persianas têm-se como partes integrantes, como as grades aparafusadas, os toldos que foram feitos sob medida e se colocam em ferros embutidos, os refrigeradores e aquecedores que se encaixam na parede, ainda que separáveis, se é a espécie do art. 43, III. Os próprios bancos de jardim, se feitos para o estilo especial da casa e para se ligarem a ela, segundo o art. 43, III, são parte integrante. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. t. 2, p. 32.

²³² Conforme RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral das obrigações. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 121-124.

d'água é imóvel, como conjunto ou massa líquida, sem se cogitar da água que por si mesma corre.”²³³

Os imóveis por acessão física compreendem tudo quanto o homem incorpora de maneira permanente ao solo, tais como pontes, obras pesadas e viadutos, por acessão intelectual, são abrangidos todos os bens que por natureza são móveis, mas que a vontade humana imobiliza; sua distinção em relação aos imóveis por acessão física encontra-se no fato que não há adesão física ao imóvel, sua ligação se dá por meio de um vínculo meramente intelectual, como os animais em uma propriedade rural.

Por fim, os imóveis por definição legal, são os que a lei define como tais independentemente de uma relação direta ou indireta com o bem imóvel. Assim, são exemplos de bens imóveis incluídos nessa categoria os direitos reais sobre imóveis (usufruto, uso, habitação, renda, enfiteuse, penhor agrícola, anticrese, servidões prediais) e o direito à sucessão aberta.²³⁴

A importância da distinção é destacada por Caio Mário da Silva Pereira: “Distinguindo o nosso direito a acessão física da intelectual, atende especialmente à circunstância de que num caso a coisa móvel é definitivamente incorporada na imóvel e, portanto, segue a sua natureza para sempre, enquanto que no outro, o da acessão intelectual, a imobilização é puramente dependente da vontade humana, e se mantém o complexo com o caráter imobiliário em atenção a ela, e é por esta razão que se opera a recuperação da mobilidade por uma declaração da mesma vontade.”²³⁵

Assim, no campo tributário um bem móvel que incorporado ao imóvel por acessão intelectual estará sujeito à tributação imobiliária afastando, conseqüentemente, os tributos incidentes sobre os bens móveis. Logo, na alienação de uma fazenda, as máquinas que trabalham a terra por serem bens imóveis por acessão intelectual, estarão sujeitas ao imposto sobre a transmissão imobiliária por ato oneroso – *inter vivos* – ITBI e não ao imposto sobre a circulação de mercadorias – ICMS.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 263.

²³⁴ Conforme Id. *Ibid.*, p. 263-265.

²³⁵ Id. *Ibid.*, p. 263.

Hugo de Brito Machado põe em dúvida esta afirmação. Para o autor alguns poderão interpretar que o novo Código Civil não adotou a classificação de imóveis nas quatro categorias acima mencionadas, excluindo as duas espécies de imóveis, por acessão física e intelectual. Assim, seriam somente imóveis os bens imóveis por natureza e aqueles por definição legal. Desta forma, indaga se esta nova definição deve ser observada pela legislação fiscal que faz referência às normas de direito civil, em especial, aquelas que tratam dos impostos que incidem sobre a propriedade e a transmissão imobiliária.²³⁶

Em resposta a questão proposta, Hugo de Brito Machado defende que a definição do novo Código Civil não afasta a classificação anterior, entende que a nova norma do art. 79 em vigor abarca a inclusão dos bens móveis incorporados por acessão física ou intelectual, quando se reporta ao solo e tudo quando se lhe incorporar natural ou artificialmente. E mesmo se assim não fosse, esclarece que a remissão feita pela legislação tributária, em especial o Código Tributário Nacional de 1966, levou em consideração a definição então vigente e, portanto, incorporou tais conceitos nas normas tributárias.

5.2. A incorporação

O incorporador nasceu, ou melhor, “viveu a bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes de sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores”.²³⁷ É um produto da necessidade do mercado. O incorporador figura como aglutinador de interesses, ao aproximar o proprietário do terreno dos interessados na aquisição da unidade imobiliária a ser construída. É também corretor, pois vende o produto que desenvolveu. Pode ser também chamado de arquiteto ou engenheiro, pois desenvolve um projeto e executa, de modo direto ou por meio de terceiros, a construção da obra. É também financiador, na medida em que parcela o preço do imóvel a ser vendido, parcelamento esse que pode perdurar por anos.

²³⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Os impostos imobiliários e a alteração da lei civil, cit., p. 56.

²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 231.

O incorporador possui uma atuação multidisciplinar que foi regulamentada em 1964, pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro, passando a ter uma definição própria. Assim, o incorporador é, segundo o art. 29 da citada lei, aquele que promove a construção para a venda de unidades autônomas.²³⁸

A incorporação imobiliária, a exemplo do que ocorre com seu agente, o incorporador, é também composta de uma somatória de atividades diversas. “Encarada em particular a incorporação de edifícios de apartamentos, verificamos, na complexidade de sua organização, uma *empresa mista*. É, de um lado, uma atividade industrial, naquela caracterização das Cortes Francesas, mencionada por Georges Ripert, citado supra, e, de outro lado, é uma atividade de distribuição de utilidades. E é ainda uma atividade de prestação de serviços, no emprego de mão-de-obra comum ou especializada.”²³⁹

A atividade de incorporação, a exemplo do incorporador, também recebeu uma conformação legal por meio do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64: “Para efeito desta lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas por unidades autônomas”.

Sob a ótica tributária, portanto, a renda do incorporador, ou a renda decorrente da incorporação imobiliária, deve ser tratada como venda de imóvel. Se a renda for auferida por pessoa jurídica, que tenha por objeto social a incorporação imobiliária, a receita deverá ser tratada como operacional, observadas as normas que regem essa atividade.²⁴⁰

A Lei de Incorporações Imobiliárias não restringe a execução da atividade de incorporação às pessoas jurídicas. Se o agente econômico for pessoa física, o rendimento deveria, *a priori*, ser tratado como ganho de capital, já que a Lei de Incorporações considerou a

²³⁸ O mencionado art. 29 assim define o incorporador: “Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (vetado) em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial, ou que meramente aceite propostas para a efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega a certo prazo, preço e determinadas condições das obras concluídas”.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 240-241.

²⁴⁰ Receita operacional é aquela ordinária da pessoa jurídica, aquela pela qual a empresa se estabelece a fim de produzi-la, aquela que se renova em todos os exercícios sociais. Em contrapartida, as receitas não-operacionais são aquelas extraordinárias e eventuais, decorrem de negócios que não são usualmente praticados pela pessoa jurídica. Conforme PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., v. 1, p. 345.

atividade como venda de imóveis. A legislação tributária, no entanto, equipara as pessoas físicas, que promovam a incorporação de unidades imobiliárias para venda, às pessoas jurídicas (vide item 9.2. *A equiparação das pessoas físicas às pessoas jurídicas*).

5.3. Venda de imóveis próprios

Entende-se por venda de imóveis próprios a atividade pela qual o agente econômico – nesse caso, pessoa física, pessoa jurídica, não-residente ou Fundo de Investimento Imobiliário – executa a construção, em nome próprio, de unidade imobiliária autônoma que, posteriormente, será oferecida ao mercado ou, ainda, compra imóvel em nome próprio para, posteriormente, vender.

Não há então incorporação imobiliária, pois a venda é realizada após a obtenção do registro individualizado da unidade autônoma no cartório de registro imobiliário. As operações de *retrofit*, que consistem em remodelar um empreendimento normalmente antigo, a fim de adequá-lo às exigências tecnológicas atuais, nada mais são, do ponto de vista jurídico, do que parte do processo de viabilização da venda ou locação do produto, devendo, portanto, ser tratadas como tal.

A venda de imóvel, quando efetuada por pessoas jurídicas do setor imobiliário, deve ser considerada operacional, caso contrário será tratada como não-operacional. Tal classificação implica tratamento tributário distinto dispensado pela legislação fiscal para, em uma primeira análise, um mesmo fato econômico. Essa questão será objeto de análise específica no decorrer do presente estudo.

5.4. Loteamento

De maneira similar ao ocorrido com as incorporações imobiliárias, a venda de lotes a prazo teve seu incremento na década de 1930, impulsionado pelo crescimento das cidades. Os interessados compradores não dispunham dos valores necessários para a aquisição dos terrenos disponibilizados pelo vendedor, terrenos que se originavam do parcelamento de grandes áreas de terra em lotes menores, unifamiliares. A conjugação desses fatores fez surgir uma nova modalidade de venda de imóveis, o loteamento, atualmente regulamentado pela Lei nº 6.766/79.²⁴¹

Loteamento “é a subdivisão de gleba em lotes com a abertura de novas vias de circulação, com a modificação das já existentes, além da instituição de logradouros públicos.” O lote, por sua vez, é o terreno atendido por uma infra-estrutura básica definida nas leis municipais ou nos planos diretores.²⁴²

Sob o prisma tributário, o loteamento constitui venda de imóvel com benfeitorias executadas pelo loteador. A figura do loteador não se confunde com a do proprietário da terra. O loteador atua de maneira similar ao incorporador imobiliário, ao identificar o produto adequado ao mercado, desenvolver e coordenar os projetos para a implementação do loteamento, executar o planejamento de venda, etc. No entanto, diferentemente do que ocorre nas incorporações imobiliárias (nas quais o incorporador normalmente adquire a propriedade do imóvel onde será erigido o empreendimento), o loteador associa-se ao proprietário da gleba de terra que, futuramente, será dividida em lotes.²⁴³

Em uma primeira análise, o loteador seria um mero prestador de serviços, pois a venda dos lotes aos promitentes-compradores é efetuada pelo proprietário original da gleba. No entanto, dadas as especificidades do desenvolvimento dos projetos de loteamento, em especial o nível de risco envolvido nas vendas e o prazo de maturação do negócio efetuado, o loteador associa-se ao proprietário de terra, recebendo sua remuneração vinculada ao sucesso do empreendimento. Assim, são comuns os contratos de parcerias nos quais o loteador recebe percentual da venda do terreno à medida que ocorre o pagamento do

²⁴¹ Conforme RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 15-21.

²⁴² Cf. PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 45.

²⁴³ Da mesma forma que o incorporador pode proceder à incorporação imobiliária em terreno próprio ou de terceiros, o loteador também pode ser, ao mesmo tempo, proprietário da gleba e loteador.

promitente-comprador. É por esse tipo de razão que a lei tributária dá tratamento especial ao loteador, equiparando-o ao proprietário vendedor dos lotes.²⁴⁴

5.5. Atividade de intermediação imobiliária

A atividade de intermediação imobiliária foi objeto de regulamentação da Lei nº 6.530/68. Conhecida também como corretagem imobiliária, a atividade consiste em exercer a intermediação de compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.²⁴⁵

Trata-se de verdadeira prestação de serviços, pois o corretor figura como mero intermediário entre o comprador e o vendedor, não participando do final do negócio realizado.²⁴⁶

5.6. Locação de imóveis próprios e as operações de *built to suit*

Como forma de investimento, a compra de imóvel para locação sempre foi bastante comum no País. Em períodos de alta inflação, vividos antes do advento do Plano Real, os poupadores buscavam proteção contra os efeitos corrosivos da inflação nos chamados bens de raiz. Tratava-se, afinal, de uma modalidade de aplicação de recursos similar às outras disponibilizadas no mercado financeiro, como a poupança ou os fundos de investimentos, mas com características de rentabilidade e de risco próprias.

Destaque-se que a locação de imóveis residenciais, comerciais ou industriais encontra-se regulamentada pela Lei nº 8.245/91.

²⁴⁴ Vide item 6.2. A atividade de loteamento.

²⁴⁵ Conforme art. 3º da Lei nº 6.530/78.

²⁴⁶ Conforme NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 540-541.

A evolução econômica fez os investidores de grande porte passarem a analisar e a investir nesse mercado, constituindo empresas destinadas à consecução desse objeto. A criatividade e a necessidade de financiamento dos projetos desenvolvidos deram origem a formas alternativas de proceder no clássico negócio da locação. Assim, surgiram as operações de *sale lease back* e *built to suit*.²⁴⁷

As mencionadas operações de *sale lease back* e *built to suit* são modalidades similares à locação que, pelas demandas de mercado, possuem fundamentos econômicos diversos das locações ordinárias. Assim, empresas que necessitam de capital de giro para suas atividades operacionais vendem seus imóveis, normalmente aqueles que ocupam, para investidores imobiliários que os alugam para a mesma empresa vendedora. Cada agente econômico atinge seus objetivos com o negócio pactuado: a empresa vendedora/locatária obtém recursos para seu capital de giro, mantendo-se no mesmo imóvel anteriormente ocupado; e o investidor imobiliário adquire imóvel com garantia de locação por longo período.

A modalidade de *built to suit* segue lógica econômica similar: a empresa pretende instalar-se em determinada localidade e não possui recursos destinados à construção da unidade pretendida; assim, contrata com investidores imobiliários que se obrigam a construir o referido imóvel locado à empresa por prazo determinado desde o momento da primeira contratação entre as partes.

A despeito dos fundamentos econômicos distintos da locação ordinária, e conseqüentemente da aplicação de regras diversas da Lei nº 8.245/91, a natureza fiscal da renda advinda de tais operações não difere daquele resultante da locação, merecendo o mesmo tratamento fiscal.

²⁴⁷ Não há uma definição legal para os modelos de negócios de *built to suit* ou de *leasing* imobiliário, são variações das operações que envolvem interesses imobiliários e financeiros das partes contratantes. Para uma explicação dos negócios referidos vide VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit* – operação de crédito estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 329-330, jan./mar. 2005.

5.7. Fundos de Investimentos Imobiliários

Os Fundos de Investimentos Imobiliários – FII – foram introduzidos no direito brasileiro por meio da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, com sua regulamentação efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários.²⁴⁸ Em relação à sua tributação a matéria foi objeto da Lei nº 9.779/99, art. 1º a 4º e, mais recentemente, do art. 125 da Lei nº 11.196/05.

Os fundos de investimentos foram criados com o intuito de fomentar o mercado imobiliário, por meio da instituição de um veículo que possibilitasse a captação de recursos junto aos investidores interessados em aplicar sua poupança em operações e ativos imobiliários. Este fomento se dará, dentre outras razões, pela formação de poupança estável e de longo prazo efetuada pelos investidores que atribuirão, assim, maior liquidez ao mercado imobiliário. Para o investidor, o investimento em quotas de FII tende a ser uma aplicação segura, pois lastreada em ativos imobiliários, aliada à liquidez de um título mobiliário.²⁴⁹

Poderá, assim, o Fundo de Investimento Imobiliário desenvolver as atividades típicas imobiliárias, em especial a incorporação de imóveis residenciais ou comerciais, a compra e venda de propriedades imobiliárias, loteamentos e a locação de imóveis.

A utilização dos FII para o desenvolvimento e a execução de empreendimentos imobiliários possibilita o fracionamento indireto da propriedade imobiliária, por meio da emissão de valores mobiliários (quotas) que serão de propriedade dos investidores e que refletirão necessariamente os bens e direitos investidos pelo Fundo.²⁵⁰

Os FII serão constituídos sob a forma de condomínio fechado, com prazo de duração determinado ou indeterminado, proibido, assim, o resgate de suas quotas até o seu encerramento. Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo serão adquiridos em nome da instituição administradora, devidamente autorizada pela Comissão de Valores

²⁴⁸ Vide em especial as Instruções CVM nº 205 e 206 de 1994, 389 e 418 de 2005 e 455 de 2007.

²⁴⁹ Vide FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. p. 526-529.

²⁵⁰ Vide nesse sentido SZTAJN, Rachel. Quotas de fundos imobiliários: novo valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 33, n. 93, p. 104-108, jan./mar. 1994.

Mobiliários – CVM, sempre em caráter fiduciário. Não há comunicação dos bens e direitos adquiridos, bem como dos seus frutos e rendimentos com o patrimônio da instituição administradora, ficando afastados os riscos de comunicação entre os patrimônios do Fundo e da administradora, a ponto do parágrafo 1º do art. 7º da Lei nº 8.668/93 expressamente determinar a averbação desta segregação no título aquisitivo da propriedade imobiliária.

Destaca-se, ainda, a vedação de as instituições administradoras concederem quaisquer empréstimos utilizando-se dos recursos dos Fundos. Também não poderão conceder qualquer adiantamento de rendas futuras aos quotistas ou prometer-lhes garantia de remuneração mínima ou rendimento predeterminado. Os quotistas, por sua vez, não poderão exercer qualquer direito real sobre os imóveis que compõem o patrimônio do FII, não respondendo por qualquer obrigação assumida pelo fundo.

Para Arnaldo Wald, os fundos em geral constituem-se como uma forma especial de condomínio, com a faculdade de deter patrimônio além de possuir capacidade processual, sem, contudo, caracterizarem-se como pessoas jurídicas.²⁵¹

Embora possuam escrituração contábil e patrimônio próprios, capacidade processual e tenham como órgão representativo a Assembléia Geral de quotistas, os Fundos não possuem personalidade jurídica. Trata-se de uma situação intermediária entre a personalidade jurídica e as regras que instituem o condomínio do Código Civil, ou seja, um condomínio de natureza especialíssima com patrimônio próprio que, no caso dos FIIs, tem seus bens adquiridos pelo gestor, por conta e em nome do Fundo.

O fator determinante que afastaria a caracterização dos fundos como sociedade seria a falta de *affectio societatis*, elemento ausente nos condomínios e presente nas sociedades, nesse sentido estes se aproximariam mais da figura de condomínio.²⁵²

Após a análise da legislação de alguns países sobre o mesmo tema, Arnaldo Wald conclui que os fundos possuem uma quase-personalidade, constituindo-se como um patrimônio

²⁵¹ WALD, Arnold. Da natureza jurídica do fundo imobiliário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 86, n. 309, p. 9-14, jan./mar. 1990.

²⁵² Conforme PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O fundo de investimento imobiliário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2573>>. Acesso em: 18 out. 2008.

afetado a uma finalidade específica; trata-se, assim, de uma forma fiduciária de execução dos investimentos realizados em nome da instituição administradora no interesse dos quotistas.

Seguindo a referida orientação doutrinária, o art. 1º da Lei nº 8.668/93 expressamente dispôs que os FII seriam instituídos sem personalidade jurídica, caracterizando-se pela comunhão de recursos captados junto aos investidores para a aplicação em empreendimentos imobiliários.

5.8. Patrimônio de afetação

O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias foi pela primeira vez incorporado ao ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, com a finalidade de atribuir maior proteção aos credores das empresas de incorporação imobiliária em caso da decretação de sua falência, em especial para os adquirentes de unidade imobiliária em construção.

Consiste a afetação em segregação de parte do patrimônio, composto por direitos e obrigações, seus frutos e encargos, que passariam a ter uma destinação especial; é ainda dotado de autonomia necessária à realização da finalidade para a qual foi constituído. Apresenta-se, assim, como uma exceção ao princípio pelo qual o patrimônio total é a garantia dos credores.²⁵³

Nesse sentido, os credores do patrimônio afetado vinculariam seu risco exclusivamente aos ativos e passivos segregados, não sendo contaminados por dívidas oriundas de outras atividades desenvolvidas pelo proprietário original do patrimônio.

Note-se, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, que a autonomia do patrimônio afetado e seu conseqüente tratamento como bens independentes do patrimônio geral do

²⁵³ Conforme CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 84-87.

indivíduo não implica a criação de uma personalidade jurídica própria. “Eles se prendem a um fim, mas continuam encravados no patrimônio do sujeito.”²⁵⁴

O efeito alcançado pela afetação do patrimônio aproxima-se daquele obtido com a segregação dos empreendimentos em sociedade de propósitos específicos – SPE, que possuem como objeto, única e exclusivamente, o desenvolvimento de determinada incorporação imobiliária. Nestas, o risco de crédito circunscreve-se ao patrimônio da sociedade que, não tendo qualquer outro negócio, equivaleria ao patrimônio afetado. A diferença reside justamente na inexistência de personalidade jurídica independente. Enquanto nas SPEs haveria a possibilidade de responsabilização dos sócios pelas dívidas geradas em outros negócios atingindo as ações ou quotas representativas do capital social da empresa segregada, no patrimônio afetado não haveria, em tese, essa responsabilidade solidária.

A segregação por meio da afetação patrimonial, segundo Melhim Namem Chalhub, ajusta-se perfeitamente à natureza das incorporações imobiliárias, aliada à necessidade de proteção dos credores anteriormente mencionada e culminou na edição da Lei nº 10.931/04 que, alterando a lei de incorporação imobiliária, regulamentou a constituição de patrimônios de afetação compostos pelo acervo de cada empreendimento imobiliário desenvolvido pela empresa incorporadora, de maneira autônoma das demais incorporações desenvolvidas.²⁵⁵

Desta forma, em caso de falência do incorporador, o acervo correspondente ao patrimônio afetado será entregue diretamente à administração dos credores, por meio da Comissão dos Representantes, que definirá se a obra deve prosseguir ou não, mas sempre de maneira independente da massa falida.

Dentre os débitos potenciais das incorporações imobiliárias encontram-se os tributos devidos ao Estado. O crédito tributário, nos termos do art. 186 do Código Tributário Nacional, tem preferência em relação a todos os demais créditos independentemente de sua natureza, com exceção daqueles decorrentes do trabalho. Nesse sentido, a fim de viabilizar a segregação do patrimônio afetado, foi criado o regime especial de tributação, que será

²⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 251-252.

²⁵⁵ CHALHUB, Melhim Namem. op. cit., p. 93-94.

objeto de análise mais detalhada no CAPÍTULO VIII - PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O NOVO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO.

5.9. Instrumentos financeiros imobiliários – securitização de recebíveis

A securitização de recebíveis imobiliários é atualmente importante instrumento de financiamento das empresas que atuam no setor, em especial aquelas dedicadas à incorporação imobiliária, loteamentos e aluguel de bens imóveis, visto que nessas atividades há geração de créditos futuros que poderão servir de lastro para a obtenção de recursos financeiros necessários ao desenvolvimento e crescimento das atividades exercidas.

A securitização tem por objetivo final o financiamento da empresa geradora do recebível imobiliário, no entanto não se trata de um financiamento propriamente dito, mas sim da venda de um determinado fluxo de capitais.

A aquisição direta dos créditos pelos investidores era a forma utilizada no princípio das operações de securitizações, o investidor tinha assim que conhecer os créditos, controlar os recebimentos, efetuar a cobrança, ou seja substituía o cedente não só no direito de recebimento do crédito mas em todas as obrigações burocráticas necessárias para fazer boa a aquisição do crédito cedido. Notadamente a securitização era, nesses moldes, extremamente limitada, não possibilitava a revenda do crédito para terceiros, devendo o investidor original manter-se na posição de credor até a liquidação total do crédito adquirido.

Modernamente a venda de recebíveis tornou-se um processo mais ágil, com a emissão de títulos representativos dos créditos adquiridos o que possibilita a cessão indireta dos créditos a terceiros, nos mesmos moldes do que ocorre com os demais valores mobiliários. É, portanto, um processo de conversão de ativos em títulos. Nas palavras de Diogo Leite de Campos e Cláudia Saavedra Pinto a titularização, denominação utilizada em Portugal é

“um instrumento de financiamento estruturado onde determinada entidade reúne seus interesses num fluxo de caixa identificável ao longo dos tempos, que transfere depois para os investidores sob a forma de títulos, assim atingindo o objetivo último do financiamento.”²⁵⁶

Destaque-se, ainda, que há na securitização separação do ativo vendido do patrimônio do credor original de maneira que a eventual insolvência do cedente dos créditos não contamina os cessionários.

Com vistas a aproximar o mercado imobiliário do mercado de capitais e dar maior liquidez e celeridade às operações de securitização foram criados, pela Lei nº 9.541/97 e modificados pela Lei nº 10.931/04, títulos lastreados em créditos imobiliário; são eles: as Cédulas de Crédito Imobiliário – CCI, os Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI e as Letras de Crédito Imobiliárias – LCI, que somados às Letras Hipotecárias – LH viabilizam as operações de securitização e fomentam o crédito imobiliário às empresas e aos compradores de imóveis.

Assim, uma empresa proprietária de um imóvel locado pode negociar os créditos futuros desta locação com uma companhia securitizadora²⁵⁷ que, por sua vez, emitirá títulos (CRIs) que terão como suporte os recebíveis de locação a serem vendidos no mercado de capitais. Com os recursos obtidos a emissora do título paga a empresa imobiliária, que atingiu seu objetivo final de obtenção de financiamento.

Várias são as vantagens da utilização dos títulos representativos de créditos imobiliários nas referidas operações, pode-se citar, principalmente: o fracionamento ou unificação dos créditos imobiliários em um ou vários títulos; a cartularidade, literalidade e independência que possibilitam uma maior liquidez nas operações e o regramento das operações de securitização com o conseqüente aumento de segurança para os credores dos títulos implicando uma redução do risco e por conseguinte redução das taxas de desconto aplicáveis.

²⁵⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; PINTO, Cláudia Saavedra. *Créditos futuros, titularização e regime fiscal*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13.

²⁵⁷ As Companhias Securitizadoras foram criadas pela Lei nº 9.514/97 com o objetivo de aquisição e securitização dos créditos imobiliários e a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI e outros títulos necessários para a consecução do seu objeto social (art. 3º).

CAPÍTULO VI – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO REAL

É necessário, antes de adentrar na tributação do lucro imobiliário, esclarecer a distinção entre o momento do reconhecimento da receita e do reconhecimento do lucro nas operações que compreendem a referida atividade.

O art. 30, da Lei nº 8.981/95 assim encontra-se redigido:

“Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.”

É comum afirmar que o referido artigo trouxe determinação quanto ao momento do reconhecimento da receita bruta como sendo o do seu efetivo recebimento.²⁵⁸ Não é esta a interpretação que deve prevalecer.

Determina o art. 30, acima transcrito, que a receita bruta das pessoas jurídicas que explorem a atividade imobiliária será o montante efetivamente recebido; não determina, no entanto, quando o referido valor deverá ser reconhecido, mas o *quantum* a ser reconhecido como receita. Este entendimento é suportado pela interpretação sistemática da lei, já que o art. 30 encontra-se inserido no capítulo que trata do recolhimento mensal do imposto que tem como base a receita bruta dos contribuintes; assim nada mais correto do que definir o que deva ser considerado como receita bruta dos contribuintes. O momento do reconhecimento do lucro, por sua vez, tem disposições mais complexas e segue lógica diversa, como será a seguir analisado.

²⁵⁸ Vide nesse sentido Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 comentado no item 6.1.2.5. O regime de reconhecimento de receitas previsto para as companhias abertas.

6.1. A apuração e o reconhecimento do lucro nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica

6.1.1. O lucro na atividade de venda de imóvel e de incorporação

A apuração e o reconhecimento do lucro nas atividades imobiliárias – compreendida aqui a venda de imóveis, prontos ou em construção, por meio de registro de incorporação imobiliária ao amparo da Lei nº 4.591/64, com recebimento do preço à vista ou a prazo – implicam profundas adequações da sistemática ordinária de apuração e reconhecimento dos lucros das atividades mercantis ou de serviço.

O negócio praticado pelas pessoas jurídicas que desenvolvem atividades de compra e venda de imóveis possui características econômicas próprias, diversas das encontradas nos demais empreendimentos, o que demanda a adequação da legislação tributária a essas empresas e, conseqüentemente, aos negócios por elas efetuados. O ciclo de um empreendimento imobiliário – do planejamento até a entrega final – varia de três a cinco anos. Tal ciclo envolve desde o estudo de mercado, a prospecção do terreno onde será erigido o futuro empreendimento, o planejamento do produto a ser vendido, a aprovação dos projetos nos vários órgãos estaduais e municipais envolvidos, o início da comercialização, a produção do bem e, por fim, a entrega da unidade ao consumidor final. Mesmo após o evento de entrega as relações jurídicas entre a empresa vendedora e o comprador do imóvel não se encerram. É comum que parte do preço seja devido após a *entrega das chaves*, bem como remanesce a obrigação, por parte do incorporador, de manutenção do imóvel como prevêem o art. 618 do Código Civil e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Com vistas às particularidades jurídicas e econômicas atinentes ao setor imobiliário, a legislação tributária trouxe, para efeitos de apuração do lucro real, sistemática própria prevista nos arts. 410 a 414 do RIR/99, originalmente introduzida na legislação tributária por meio do Decreto-lei nº 1.598/77, em seus artigos 27 a 29, e regulamentada pelas Instruções Normativas nºs 84/79 e 23/83.

6.1.2. A apuração do lucro e o momento do seu reconhecimento – diferentes hipóteses

6.1.2.1. Venda à vista de imóvel pronto

As disposições quanto ao momento do reconhecimento do lucro e a sua apuração na venda de imóveis não se restringem às empresas que tenham por objeto exclusivo compra e venda, loteamento, incorporação e construção de imóveis. As normas a seguir analisadas aplicam-se a todos os contribuintes que incorram, de maneira usual ou esporádica, nas hipóteses de venda de imóveis previstas pela legislação. Nesse sentido, dispõe o art. 27 do Decreto-lei nº 1.598/77 (art. 410 do RIR/99) que o tratamento previsto aplica-se ao *contribuinte que comprar imóvel para a venda ou promover empreendimento de desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de prédio destinado à venda* e não à pessoa jurídica que tenha por objeto social a execução de tais atividades.

Ocorre, no entanto, que, normalmente, as empresas que praticam atividades de compra e venda, loteamento, incorporação e construção de imóveis dedicam-se exclusivamente à execução de tais atividades, sendo, portanto, os maiores destinatários das normas que regulamentam a apuração e o momento do reconhecimento do lucro da venda de imóveis.

O lucro da venda à vista de imóvel pronto deverá ser reconhecido no período-base de efetivação do negócio, já que, nessa hipótese, o recebimento do valor ocorrerá no momento

da transação. Não há que se falar em tributação pelo regime de caixa ou de competência, pois ambos os momentos coincidem. O resultado também será apurado mediante a diferença do custo registrado no estoque; nesse caso, os custos serão aqueles totalmente incorridos, tendo em vista que a unidade vendida encontra-se terminada, e o valor de venda efetivamente pago.²⁵⁹

O vendedor deverá reconhecer o lucro no momento da contratação, ainda que mediante instrumento de promessa, nos termos do art. 411 do RIR/99. A IN SRF nº 84/79, em seu item 10.1, incorporou duas outras hipóteses quanto ao momento do reconhecimento do lucro previstas no referido artigo. Assim, considerou efetivada ou realizada a venda, além das hipóteses legalmente previstas, quando contratada a operação mediante carta de reserva com princípio de pagamento ou quando firmado qualquer outro documento representativo de compromisso.

O referido artigo art. 411 do RIR/99 atribui os efeitos de venda definitiva ao instrumento de promessa, o que ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis, sendo este eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este apresentar o respectivo protocolo, nos termos dos arts. 1.245 e 1.246 do Código Civil²⁶⁰ ou, ainda, quando contratada mediante instrumento de promessa.

Não poderia ser de modo diverso. O instrumento de promessa, especialmente após a edição do Código Civil de 2002, atribui direito real à aquisição do imóvel, nos termos do art. 1.417 do referido Código. A questão tem maior interesse antes da edição do citado artigo,²⁶¹ já que não era pacífico o entendimento quanto aos efeitos da Promessa de Compra e Venda, como observa Caio Mário da Silva Pereira: “Distinto da propriedade, na promessa de compra e venda o titular não tem os atributos sobre a coisa. Aliás, se os tivesse, já não haveria que falar num direito real do promitente-comprador, pelo só fato de

²⁵⁹ Vide, nesse sentido, a IN SRF nº 84/79, item 11, item 11.1, e os arts. 410 e 411 do RIR/99.

²⁶⁰ Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar a transmissão da propriedade imobiliária, assim comentou a atual sistemática: “Pelo nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito, impropriamente denominado de direito pessoal. Somente o registro cria o *direito real*. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Código Civil, art. 1.245)”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4, p. 122.

²⁶¹ Nos termos do art. 144 do CTN, é aplicada a legislação vigente no momento do fato gerador do tributo. Aplica-se, assim, a discussão aos fatos geradores ocorridos até a vigência do Código Civil de 2002.

o ser, já se equipara ao comprador. Não falta no direito brasileiro quem o sustente, numa confusão com o direito francês, onde se afirma que *promesse de vente vaut vendre*.²⁶²

Na promessa de compra e venda, se admitirmos que não gerava direitos reais ao promitente-comprador, como atualmente ocorre, seu inadimplemento se resolveria por perdas e danos.²⁶³ Assim sendo, não haveria que se falar em venda definitiva, para efeitos do reconhecimento da receita, pois essa dependeria da translação do registro definitivo do título no cartório de registro de imóveis. Tal raciocínio, no entanto, não merece prosperar. O compromisso particular de compra e venda acrescia ao patrimônio do contribuinte adquirente direito de dispor sobre o bem e para o vendedor o direito do recebimento do valor, inclusive de dispor desse mediante cessão a terceiros ou para garantir eventuais financiamentos. Nesse sentido, havia a caracterização da disponibilidade econômica ou jurídica da renda (vide item 3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica de renda).

Por sua vez, a IN SRF nº 84/79, ao atribuir efeito de compra e venda à reserva com princípio de pagamento criou nova hipótese, como já mencionado, não prevista no art. 411 do RIR/99, de reconhecimento do lucro na venda da unidade imobiliária. A *carta de reserva com princípio de pagamento* não atribui ao possível comprador os direitos que lhe são atribuídos pelo compromisso de compra e venda ou pelo registro do título no cartório de registro de imóveis, ou seja, não há transferência de direito real de propriedade, mas mera reserva para que as partes venham futuramente acordar a compra da unidade reservada, ajustando preço, prazo de entrega e demais condições imprescindíveis para fazer boa a compra e venda.²⁶⁴

As Instruções Normativas refletem a interpretação dada pelas autoridades fiscais à legislação tributária. Portanto, são textos que devem restringir-se às disposições legais que visam a interpretar e a normatizar. O intérprete, na expressão de Eros Grau, desnuda a

²⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*, cit., v. 4, p. 445.

²⁶³ Silvio Rodrigues assim comenta: “Como, de acordo com o conceito tradicional, se entendia que as obrigações de fazer eram insuscetíveis de execução compulsória, pois *nemo praecise potest as factum*, o inadimplemento de tal obrigação, ao ver da maioria dos autores, sujeitava o faltoso à reparação das perdas e danos, com apoio do Código Civil de 1916”. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, cit., v. 3. p. 174-175.

²⁶⁴ São requisitos do compromisso de compra e venda: a irretroatividade do contrato, a exata definição do bem imóvel objeto do contrato, o preço, a inscrição no registro imobiliário e a eventual outorga conjugal. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*, cit., v. 4, p. 448-449.

norma, devendo observar os elementos do texto normativo, mas também aqueles constantes do caso concreto: “a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do deve-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).”²⁶⁵

Não há, assim, uma única interpretação possível para a norma; ela comporta várias interpretações. No entanto, todas devem restringir-se ao texto legislativo e aos fatos do caso concreto. Não é o que ocorre com a previsão pela qual o contribuinte deve reconhecer o lucro da venda da unidade quando da reserva acompanhada de pagamento. Tal previsão não se coaduna com a norma legal do art. 411 do RIR/99, bem como não se constitui em hipótese de venda de propriedade imobiliária. Verifica-se, portanto, que o item 10.1 da IN SRF nº 84/79 é ilegal, pois prevê hipótese de reconhecimento de lucro não prevista em lei.

O mesmo não ocorre com a previsão do reconhecimento do lucro quando o incorporador firmar *qualquer outro documento representativo de compromisso*. A contratação entre o promitente-comprador e o incorporador da venda por meio de um compromisso ou de outro documento que possua os mesmos requisitos de validade do instrumento particular de compra e venda implicará, necessariamente, a obrigação do vendedor de entregar a unidade prometida, e do comprador, de pagar o preço avençado. O reconhecimento do lucro deve ser efetuado neste momento, já que a operação de compra e venda seria definitiva.

6.1.2.2. Venda à vista de unidade em construção

Com base na Lei nº 4.591/64 (Lei das Incorporações Imobiliárias), o incorporador pode efetuar a venda das unidades imobiliárias ainda em projeto de construção, conhecido

²⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 28.

comumente como venda *na planta*, desde que arquivados os documentos exigidos pelo art. 32 da supramencionada lei.

São duas as situações que merecem análise, do ponto de vista fiscal, na venda da unidade imobiliária antes do término da sua construção. Na primeira hipótese, o incorporador efetua a venda à vista, recebendo a totalidade do preço quando da assinatura do compromisso de compra e venda. Estaria, assim, configurada a disponibilidade financeira pelo recebimento integral do preço. No entanto, o incorporador deverá incorrer em custos futuros para a execução da unidade imobiliária prometida. A apuração do lucro e seu reconhecimento deverão levar em consideração tais fatos, ou seja, o momento do recebimento e a existência de custos futuros, a fim de alcançar a correta tributação da renda.

A solução proposta pela IN SRF nº 84/79 nos seus itens 12.1.2 e 12.1.3 pode ser assim explicada: no momento da venda, o contribuinte deverá apurar os custos pagos, incorridos ou contratados, relativos à unidade imobiliária comercializada, pelo critério de rateio com as demais unidades a serem comercializadas. Apurado o custo da unidade vendida, deve ser reconhecido o lucro no momento do recebimento do preço, lucro este resultante da diferença entre o valor recebido da venda e os custos pagos e incorridos.

Note-se que, no momento do lançamento do produto no mercado, os custos incorridos poderão ser irrisórios, já que o incorporador incidiu somente nos gastos relativos à compra do terreno onde será erigido o empreendimento, nos encargos para a aprovação do projeto, no registro da incorporação imobiliária e nos custos de promoção de venda. Constatase, assim, que o lucro apurado nesse momento não é o lucro final da unidade comercializada, pois o incorporador incorrerá em outros custos, ainda por vir, em especial aqueles ligados à própria construção do imóvel.

Visando a minimizar os efeitos da tributação do lucro apurado segundo essa sistemática, a IN SRF nº 84/79 possibilita ao incorporador o registro dos custos incorridos e pagos após a venda, mesmo que ocorridos posteriormente à citada transação, desde que dentro do mesmo período-base de apuração do resultado ou, no caso de ocorrência de custos em período-base posterior, será permitido o reconhecimento desses custos contra o resultado do exercício subsequente à venda.

Assim, o incorporador pode reconhecer a totalidade dos custos incorridos até a entrega final da unidade, mesmo que a venda seja efetuada em momento anterior ao seu término. A solução, que aparentemente é adequada, merece algumas considerações. A sistemática proposta implica, economicamente, antecipação tributária por parte do incorporador, uma vez que ele não sabe se, ao final do empreendimento, terá lucro ou mesmo se o lucro será igual ou superior ao valor correspondente ao montante do imposto pago no período-base da venda da unidade. O contribuinte pode, assim, encontrar-se na situação de reconhecer um lucro elevado no ano da venda da unidade imobiliária e apurar prejuízo em períodos subsequentes, em montante superior aos lucros reconhecidos, o que significaria não só uma antecipação tributada, mas um efetivo recolhimento de imposto sobre lucro inexistente.

Vistos os efeitos econômicos resultantes da solução proposta pela IN SRF nº 84/79, resta analisar se a situação apresentada está de acordo com a legislação vigente. A questão reside em saber se o reconhecimento da receita, no momento do recebimento do preço em decorrência da contratação da venda, sem a confrontação com o total dos custos necessários à produção da unidade imobiliária, constitui lucro sujeito à tributação.

O lucro líquido, base para a apuração do lucro real das pessoas jurídicas, é apurado com a observância do regime de competência. Esse, por sua vez, requer que as despesas e receitas correlacionadas sejam reconhecidas no mesmo exercício, conforme demanda o método do emparelhamento das despesas e receitas. A Resolução CFC nº 750/93 disciplina o referido método: “as receitas e despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente do recebimento ou pagamento”.

Por outro lado, o critério informador da realização da renda, que pressupõe a necessidade de a pessoa jurídica cumprir todas as suas obrigações para que a troca seja reconhecida como lucro, é requisito lembrado por Bulhões Pedreira.²⁶⁶ Caso o contribuinte não tenha condições de apurar o custo total da unidade imobiliária não deve ser reconhecido o resultado apurado, como prevê a IN SRF nº 84/79, porque, nesse momento, resultado não há.

²⁶⁶ Vide item 4.1.3.1. As divergências entre os preceitos da legislação comercial, os princípios contábeis e o fato gerador do imposto de renda.

A própria legislação tributária reconhece que o lucro não foi apurado corretamente quando determina que os custos incorridos nos exercícios posteriores à venda sejam computados como custos de exercício anterior.²⁶⁷ Erra a IN nº 84/79 quando determina o reconhecimento do lucro em desacordo com o regime de competência, bem como quando determina tratamento contábil a ajuste de natureza fiscal, o que deveria ser efetuado somente nos livros auxiliares, no caso, o LALUR.

6.1.2.3. Custo orçado

Alternativamente à hipótese supra-analisada, o art. 28 do Decreto-lei nº 1.598/77, refletido no art. 412 do RIR/99, possibilita ao contribuinte a dedução, no momento da venda, dos custos que serão incorridos para o término da unidade imobiliária.

“Art. 412. Se a venda for contratada antes de completado o empreendimento, o contribuinte poderá computar no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos a que estiver contratualmente obrigado a realizar. (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 28.)”

Essa sistemática, prevista na legislação fiscal, pela qual o contribuinte reconhece o lucro estimado do empreendimento proporcionalmente à receita recebida no exercício é também recomendada como a melhor forma de contabilização para empresas que comercializam bens que demandam um longo prazo para a sua produção, conforme dispõe o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações:

“No caso das entidades que produzem produtos de longo período de maturação ou acabamento, é razoável, teórica e praticamente, o reconhecimento proporcional da receita pelos fatores anteriormente considerados, observadas as seguintes condições:

²⁶⁷ IN SRF nº 84/79, item 12.1.3, 2, encontra-se assim redigido: “2 – a parte apurada em período-base posterior ao mencionado na alínea precedente será computada no resultado desse exercício social como custo do exercício anterior, e representará parcela redutora do lucro bruto em vendas desse período-base posterior”.

- a) o preço global do produto é determinado objetivamente mediante contrato ou determinável a partir da correção contratual de seu preço atual;
- b) da mesma forma, a incerteza com relação ao recebimento em dinheiro da transação é mínima ou passível de boa estimativa;
- c) os custos a serem incorridos para completar a produção são razoavelmente bem estimados”.²⁶⁸

A legislação fiscal, visando a reduzir o efeito econômico de antecipação tributária, destacado no item 6.1.2.2. Venda à vista de unidade em construção, quando da venda de unidade ainda não-concluída, seja com recebimento total do preço, seja com recebimento parcial, possibilitou, por meio de um mecanismo de estimativa do custo que o empreendedor incorrerá para a produção do bem, a apuração do lucro de venda da unidade imobiliária como se ela estivesse concluída.

O custo orçado assemelha-se às provisões contábeis. Provisões são reduções do ativo ou acréscimos ao passivo que reduzem o resultado do exercício e, conseqüentemente, o patrimônio líquido, cujos valores ainda não são totalmente definidos.²⁶⁹ São exemplos de provisões, as perdas com a desvalorização de ativos, ou para recebimento de créditos incertos. O custo orçado reduz o resultado do exercício por meio da sua confrontação com a receita recebida; são também valores ainda não totalmente definidos, pois orçados e ainda não-incorridos ou contratados. Vê-se, assim, uma similaridade com as provisões.

A relevância da comparação efetuada decorre da previsão do art. 13 da Lei nº 9.249/95, que veda a dedução das provisões do cálculo do lucro real, exceto aquelas constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário.²⁷⁰ As exceções previstas no art. 13, supramencionado, não atingem os valores contabilizados a título de custo orçado. Assim, se o custo orçado fosse caracterizado como provisão, ele poderia ter sua dedutibilidade questionada.

²⁶⁸ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. op. cit., p. 63.

²⁶⁹ Conforme, Id. Ibid., p. 291.

²⁷⁰ Conforme art. 13 da Lei nº 9.249/95. Também são permitidas as deduções das provisões técnicas das companhias de seguros, de capitalização e de previdência privada.

Em sentido contrário ao paralelo efetuado, pode-se alegar que o custo orçado é contabilizado em conta de estoque e não como redutor do ativo ou acréscimo de um passivo; ele é mais uma previsão de custo a incorrer do que uma provisão para gastos futuros. Nesse sentido, não se aplicariam as disposições do art. 13 da Lei nº 9.249/95, que prevêem a indedutibilidade das provisões efetuadas.

Para a Receita Federal do Brasil, o custo orçado é uma opção do contribuinte, conforme prevê o item 8.10 da IN SRF nº 84/79; portanto, não é obrigatório o seu reconhecimento na apuração do resultado dos empreendimentos imobiliários. Se analisado sob a ótica contábil, como já visto, o custo orçado deve ser obrigatoriamente reconhecido.

Destaca-se, ainda, o caráter opcional do custo orçado, ou seja, o contribuinte pode, à sua escolha, quando da venda de unidades antes do término do empreendimento, optar pelo reconhecimento do custo orçado ou reconhecer o resultado mediante a apuração pelo regime de competência, conforme anteriormente analisado.

A sua apuração deve basear-se nos custos usuais do tipo de empreendimento, devendo ser reconhecido quando da venda da unidade ainda não-concluída, mediante a distribuição proporcional, por todas as unidades do empreendimento, dos custos pagos, incorridos e contratados e dos custos orçados para a conclusão das obras.²⁷¹

A IN SRF nº 84/79, que regulamenta, dentre outros, o art. 412 do RIR/99, prevê, em seu item 9.6, que, uma vez efetuada a opção pelo custo orçado, será ela definitiva, devendo ele ser computado na apuração individual do lucro de cada unidade do empreendimento imobiliário. Como a apuração do resultado na venda da unidade imobiliária deve observar a distribuição proporcional dos custos por todas as unidades do empreendimento, parece lógica a previsão efetuada pela Instrução Normativa, segundo a qual a opção é definitiva. Não faria sentido o contribuinte apurar o lucro bruto de uma unidade utilizando-se do custo orçado e, na venda de outra unidade, apurar o lucro de maneira diversa.

²⁷¹ Conforme itens 9.3, 12.2 e 12.2.1 da IN SRF nº 84/79.

O caráter definitivo da opção pelo custo orçado por empreendimento e não por contribuinte possibilita ao incorporador que possua mais de um empreendimento adotar diferentes critérios em sua escrita fiscal para a apuração do lucro tributável.

Ocorre que o caráter definitivo da opção não está previsto na lei. O art. 412 do RIR/99 é omissivo quanto à questão. Regulamenta o citado artigo o tratamento fiscal da venda da unidade imobiliária individualmente e não do empreendimento como um todo.

A IN SRF nº 84/79 vai além das disposições legais, ao impor ao contribuinte restrição em situações para as quais o art. 412 do RIR/99 não impôs. É de se reconhecer, no entanto, que a manutenção do mesmo critério de apuração do lucro das unidades vendidas em um mesmo empreendimento é medida que facilita a verificação e a análise dos resultados pela empresa, por seus acionistas e pelas autoridades fiscais. Recomendável, portanto, que tal restrição venha por meio do dispositivo normativo competente, qual seja, a lei. Ressalte-se que a disposição ora comentada atende a praticabilidade da tributação na medida em que viabiliza a imposição fiscal de forma mais lógica e eficaz para os sujeitos envolvidos na relação jurídica.

Ainda em relação ao custo orçado, quando da sua apuração, o contribuinte pode equivocarse no montante total dos custos por incorrer. Verificada essa hipótese, o contribuinte pode enquadrar-se em uma das seguintes situações: (i) previu um custo menor do que o efetivamente incorrido; ou (ii) o custo orçado foi superior ao efetivamente incorrido pelo contribuinte.

Na primeira situação, quando da venda das unidades em construção, o contribuinte apura lucro a maior, pois incorreu em custos anteriormente não previstos. Com vistas a reduzir esse efeito, a IN SRF nº 84/79, em seu item 9.9 e seguintes, possibilita ao incorporador a atualização do custo orçado a qualquer momento, em decorrência de correção monetária dos insumos orçados ou de alterações no projeto ou nas especificações do empreendimento. Dessa forma, mesmo se o custo orçado originalmente for inferior ao incorrido, o contribuinte pode ajustar seu montante, a fim de evitar o pagamento dos tributos incidentes sobre o lucro decorrente da venda da unidade imobiliária.

Ressalte-se que a previsão de ajuste do custo orçado não consta expressamente em lei, mas somente na citada Instrução Normativa. No caso, isso não resulta em ilegalidade, pois não inova ou tampouco contraria o dispositivo legal que pretende normatizar. É, ainda, imperativo decorrente da natureza do sistema, na medida em que os orçamentos, pela sua própria natureza, variam em decorrência da correção dos preços dos seus insumos ou de adequações do projeto.

Por outro lado, se o contribuinte orçar custo superior ao efetivamente incorrido, seja porque se equivocou em seu orçamento, seja porque antecipou custos com vistas a postergar o reconhecimento do lucro, o art. 412 do RIR/99 prevê que o contribuinte sujeitar-se-á ao pagamento de juros de mora no valor do imposto postergado, desde que o valor orçado não ultrapasse em 15% o valor do custo incorrido. Não merece reparo a previsão legislativa, pois somente o efeito de postergação tributária deve ser penalizado com a cobrança de juros moratórios. Destaque-se, ainda, a margem de erro de 15% concedida ao contribuinte, em caso de diferença entre os custos orçados e os incorridos, margem essa bastante adequada à realidade do setor.

6.1.2.4. Venda de unidades a prazo

O incorporador que efetuar a venda de unidade imobiliária ainda não concluída e receber o preço em parcelas poderá reconhecer o lucro bruto, para efeitos de tributação pelo lucro real, em cada período de apuração, proporcionalmente à receita de venda recebida, conforme prevê o art. 413 do RIR/99.

As questões relativas à apuração do lucro na venda de unidade imobiliária em construção foram analisadas nos itens anteriores.²⁷² Remanescem as indagações quanto ao momento do reconhecimento do lucro, como a seguir será examinado.

²⁷² Vide itens 6.1. A apuração e o reconhecimento do lucro nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica e seguintes.

O inciso I do art. 413 do RIR/99²⁷³ determina o registro do lucro apurado na venda da unidade imobiliária em conta específica de resultados de exercícios futuros. Faz-se novamente necessário lembrar a crítica e a incongruência entre o inciso I e o *caput* do art. 413, isso porque o reconhecimento do lucro bruto proporcionalmente à receita recebida no período de apuração deve ser efetuado exclusivamente para fins de apuração do lucro real, conforme expressamente disposto no *caput* do referido artigo, ou seja, em livro auxiliar, o LALUR. O inciso I, ao determinar o reconhecimento em *conta específica de resultados de exercícios futuros*, contradiz o disposto acima, na medida em que determina um tratamento contábil para o reconhecimento do lucro fiscal.

A questão ganhou maior relevo quando a Comissão de Valores Mobiliários – CVM divulgou o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 que determina o tratamento contábil das vendas a prazo ou em prestações de unidades imobiliárias em construção para as empresas que tenham valores mobiliários negociados no mercado de capitais. Essas empresas estão impedidas de adotar as determinações do inciso I do art. 413, pois conflitam com o dispositivo normativo da CVM. Tal aspecto merecerá análise mais aprofundada no item 6.1.2.5. O regime de reconhecimento de receitas previsto para as companhias abertas.

Corroborando o que já era objeto de previsão pela CVM, a Medida Provisória nº 449/08, de 3 de dezembro último, determinou a vedação da utilização do conta de resultado de exercícios futuros para as empresas sujeitas às normas de harmonização contábil.

Note-se, ainda, que o art. 29 do Decreto-lei nº 1.598/77 (art. 413 do RIR/99) é anterior à Lei nº 11.638/07, que trouxe profundas modificações na contabilidade das empresas e na forma de apuração do lucro líquido. O reconhecimento contábil de um ajuste previsto na legislação era até então inadequado, como acima mencionado. Com a redação do art. 177, § 2º da Lei das SA, dada pela Lei nº 11.638/07, que previa a apuração de um balanço fiscal, ajustes como o previsto no inciso I do art. 413 seriam então reconhecidos diretamente nos livros contábeis. A falta de uniformidade sistêmica fica mais uma vez evidente, conforme crítica já anteriormente efetuada.²⁷⁴

²⁷³ O art. 413 do RIR tem como base legal o art. 29 do Decreto-lei nº 1.598/77.

²⁷⁴ Vide item 4.2.2.1. A neutralidade fiscal dos ajustes contábeis.

Com a revogação dessa previsão pelo art. 36 da Medida Provisória nº 449/08, as empresas que necessitam utilizar a conta de resultado de exercícios futuros para diferir a tributação ficam impedidas de fazê-lo, já que esta não mais existe sob o prisma da legislação contábil. A solução desta questão parece estar na própria MP quando no art. 17, §2º dispensa a realização, na escrituração comercial, de qualquer procedimento contábil determinado pela legislação tributária que altere os saldo das contas patrimoniais ou que esteja em desacordo com as novas normas e determinações contábeis.

Outro aspecto que merece destaque na análise do art. 413 refere-se ao diferimento do reconhecimento do lucro, formado pela receita de venda subtraída dos custos pagos, incorridos ou orçados da unidade vendida. Note-se, de plano, que não tratou o art. 413 do RIR/99 do diferimento do recolhimento do imposto, como ocorre na tributação do ganho de capital das pessoas físicas, mas sim do diferimento do resultado. Tal disposição resulta em interessantes implicações, a seguir analisadas.

Se o lucro é diferido não ocorre o fato gerador do imposto de renda, não há lucro bruto e, conseqüentemente, não há lucro líquido, tampouco lucro real, base de cálculo do imposto. Se o lucro somente é reconhecido quando do recebimento do preço de compra, não pode o fisco exigir o pagamento do imposto antes do recebimento pelo vendedor do preço da unidade imobiliária.

O tratamento dispensado pelo art. 413 do RIR/99 difere do previsto pela legislação para as vendas mercantis a prazo; nessas, há o reconhecimento do lucro no momento da efetivação da venda, que integrará o resultado do exercício, independentemente do recebimento do preço avençado, enquanto que nas vendas de imóveis, o lucro somente é reconhecido quando do recebimento da parcela do preço contratado.

O fundamento econômico que norteia o diferimento no reconhecimento do lucro da venda das unidades imobiliárias é a atipicidade dos contratos de compra e venda de imóveis, pois neles o prazo de recebimento do preço é normalmente longo. No caso das vendas mercantis, o prazo de recebimento é usualmente curto, o que motiva a legislação a reconhecer o resultado quando da efetivação da transação e não quando do recebimento do

preço. Há claro *discrimen*, que justifica o tratamento tributário diferenciado entre as duas espécies de venda.²⁷⁵

A situação é diversa se verificada inadimplência do comprador. Enquanto nas vendas mercantis o imposto deve ser pago quando da efetivação da transação, independentemente do recebimento do preço, nas vendas imobiliárias, o lucro e, conseqüentemente, a tributação serão devidos somente se o preço for efetivamente recebido. Tal sistemática ocorre mesmo frente ao não recebimento do preço por parte do cliente em decorrência de inadimplência. Nessa hipótese, o comerciante já terá reconhecido o resultado da venda que futuramente terá sido ruim, enquanto o incorporador não terá registrado nenhum lucro, pois ainda nada terá recebido. É de se notar que o comerciante poderá deduzir da apuração do seu resultado as vendas não recebidas, desde que observe os procedimentos previstos no art. 9º da Lei 9.430/96. No entanto, tais regras restringem e dificultam sobremaneira o reconhecimento das perdas por inadimplência,²⁷⁶ o que confirma o tratamento vantajoso dispensado às vendas imobiliárias.

Da ótica da inadimplência, as vendas são iguais, o que demandaria o mesmo tratamento, pois não há diferença entre a inadimplência de venda mercantil e a de uma venda imobiliária. O tratamento favorável atribuído a essa última não se justifica, frente à sistemática ordinária do reconhecimento da receita.

Merece também análise mais detalhada o momento do reconhecimento do lucro da venda de unidade imobiliária em relação à data do recebimento do preço e ao período de apuração do imposto de renda.

O art. 413 do RIR/99 prevê, em seu inciso II, que será transferido para as contas de resultado o lucro bruto proporcional à receita recebida no período de apuração. O período

²⁷⁵ Sobre a aplicação do princípio da igualdade e a questão do *discrimen*, assim explica: “O que se impõe notar, mais uma vez, é que, sendo pluralista o sistema jurídico, tampouco única será a direção imposta pelas diretrizes constitucionais e legais. Ao contrário, formam elas um conjunto multidirecional, de cujo encontro se haverá de encontrar situações comparáveis. Cada uma dessas diretrizes estará sujeita, ela mesma, ao controle de constitucionalidade.

Para o controle de constitucionalidade, tratou o próprio constituinte de arrolar algumas das hipóteses em que se considera a ocorrência de um privilégio odioso, i.e., fatores que não se aceitarão como base do *discrimen* por expressa disposição constitucional”. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, cit., p. 274-275.

²⁷⁶ A Lei nº 9.430/96 prevê regras bastante rígidas, que limitam e dificultam o reconhecimento das perdas pelos contribuintes, em caso de inadimplência do comprador.

de apuração mencionado no citado inciso II é aquele previsto nos arts. 220 e 221 do RIR/99, ou seja, trimestral ou anual, dependendo da opção do contribuinte. Assim, o lucro da venda de unidades imobiliárias poderá ser reconhecido ao término desse período (se considerado o período anual, em 31 de dezembro de cada ano).

O incorporador recebe parte do preço das unidades vendidas durante o ano sem a obrigatoriedade, pela lei fiscal, de reconhecer o lucro proporcional no momento do recebimento. Somente ao final do período-base o contribuinte está obrigado a *transferir para as contas de resultado parte do lucro bruto proporcional à receita recebida*.²⁷⁷ Nessa situação, ocorre um diferimento de tributação injustificado, pois a postergação do reconhecimento do lucro é fundamentado pelo longo prazo de pagamento, comum nas transações imobiliárias e, conseqüentemente, pela falta de disponibilidade financeira do contribuinte para arcar com o imposto. Com o recebimento, deveria ocorrer a tributação, e não ao final do exercício.²⁷⁸

A atual sistemática de pagamento mensal do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, implementada pela Lei nº 8.981/95,²⁷⁹ prevê que o contribuinte deve antecipar mensalmente o imposto devido com base em percentuais calculados sobre a receita recebida ou com base em balancetes mensais que comprovem ao fisco que o imposto antecipado, calculado sobre a receita bruta, seria superior ao imposto efetivamente devido com base na apuração do lucro real. Referida sistemática determina que as pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias deverão considerar como receita bruta, para efeito de antecipação dos tributos sobre a renda, o montante efetivamente recebido relativo às unidades imobiliárias vendidas.

Verifica-se, portanto, que o contribuinte é obrigado a antecipar o pagamento dos tributos sobre a renda no momento do recebimento da venda das unidades imobiliárias, ressalvada a hipótese de apresentação de balancetes mensais de suspensão ou redução de imposto, enquanto o reconhecimento do lucro pode ser feito no final do período-base de apuração.

²⁷⁷ Conforme inciso II do art. 413 do RIR/99.

²⁷⁸ Ressalte-se que o momento do reconhecimento do lucro na venda de unidades ainda em construção foi anteriormente analisado, e concluiu-se que, somente após o cumprimento das obrigações por parte do incorporador-contribuinte, seria possível falar-se em receita, por imperativo do princípio do emparelhamento das receitas e despesas.

²⁷⁹ A sistemática de pagamento mensal do imposto, prevista nos arts. 27 a 35 da Lei nº 8.981/95, alterou significativamente o sistema então vigente de recolhimento do imposto de renda.

Há flagrante inconsistência entre os regimes de reconhecimento do lucro e de pagamento mensal do imposto. O pagamento mensal justifica-se pela necessidade do erário de recebimento periódico de receita tributária. Não se trata de imposto definitivo (uma vez que pode ser objeto de compensação futura com o IR ou a CSL devidos sobre lucros futuros), mas de mera antecipação, o que mitiga, por meios equivocados, o injustificado diferimento no reconhecimento do lucro.

6.1.2.5. O regime de reconhecimento de receitas previsto para as companhias abertas

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM divulgou o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 com as orientações contábeis a serem observadas pelas companhias abertas. A orientação da CVM para o setor imobiliário difere drasticamente das normas até então analisadas, em especial aquelas referentes ao reconhecimento da receita e à apuração do lucro. Ressalte-se, desde já, que as normas contábeis não têm o condão de alterar as disposições previstas nas leis fiscais conforme amplamente discutido no item 4.1.3. Regime contábil e sua relação com o regime tributário. No entanto, sua observância é necessária, pois a formação do lucro líquido, base para a apuração do lucro real, é suportada em suas regras e seus princípios.

O ofício-circular da CVM reconhece expressamente, em seu item 7.1, que as companhias com atuação no setor imobiliário têm a opção de registrar as vendas de seus empreendimentos com base na orientação contábil fixada na legislação fiscal. O reconhecimento da existência de um regime fiscal específico é louvável; porém, a menção à *orientação contábil fixada na legislação fiscal* demonstra, claramente, a falta de sistematização da tributação da atividade imobiliária. Isso porque, a legislação tributária deveria determinar ajustes de natureza exclusivamente fiscal, em livro auxiliar, e não como ocorre, pois determina tratamento contábil à apuração do lucro e reconhecimento da receita na venda das unidades imobiliárias.

Ainda em seu item 7.1, a Orientação da CVM minimiza a complexidade da legislação fiscal, ao dispor que a legislação fiscal pressupõe “*basicamente, o reconhecimento da receita na medida que a mesma é recebida*”. O reconhecimento das receitas ou do lucro não ocorre, necessariamente, quando do seu recebimento. Há situações em que os momentos são diversos, como analisado anteriormente, bem como situações nas quais a venda tenha sido contratada com cláusula suspensiva e o momento do seu reconhecimento é, da mesma forma, diverso do recebimento da parcela do preço (vide item 6.1.2.7. Condição suspensiva).

A Orientação nº 1/07 considera inadmissível a prática de diferimento do lucro por meio do lançamento das vendas na conta de resultado de exercícios futuros, prática essa determinada expressamente pelo art. 413, inciso I, do RIR/99. Tal fato demonstra mais uma vez falta de uniformização da legislação fiscal e das normas contábeis, em grande parte por conta de equívocos cometidos pelas normas tributárias que não restringiram suas disposições a ajustes extracontábeis.

Ressalte-se que o art. 37 da Medida Provisória nº 449/08, de 3 de dezembro último, determinou que o saldo existente na conta de resultados de exercícios futuros em 31 de dezembro de 2.008 deverá ser reclassificado para o passivo não-circulante em conta representativa de receita diferida. Encontram-se, assim, impossibilitadas as empresas sujeitas às novas normas contábeis²⁸⁰ de utilização da conta de resultados de exercícios futuros.

As recomendações da CVM vão no sentido do reconhecimento do resultado da venda de unidade não concluída ao longo da obra, na medida em que os custos são incorridos. Essa determinação pode refletir de maneira mais realista o lucro das empresas do setor, mas não deve, em momento algum, influenciar nas disposições fiscais relativas à apuração e ao reconhecimento do lucro da atividade imobiliária.

Note-se que mesmo a sistemática atualmente prevista pela CVM não está isenta de críticas no que tange à adequada demonstração dos resultados das empresas de incorporação imobiliária. Duas empresas comparadas no mesmo exercício incorreram em custos

²⁸⁰ Vide item 4.2. A Lei nº 11.683/07 – formas de apuração do lucro real e conseqüências de natureza fiscal e seguintes.

similares em seus empreendimentos. Os resultados das empresas poderão ser adequadamente comparáveis, já que eles serão reconhecidos na proporção dos custos incorridos. Imagine-se, no entanto, se uma dessas empresas lançou três empreendimentos, enquanto a outra lançou, no mesmo período, dez empreendimentos. Naturalmente o resultado da segunda empresa – se mantidas as margens de lucros similares – será muito superior ao da primeira. A sistemática proposta pela CVM não possibilita a análise pelo mercado dos lucros futuros potenciais das empresas de incorporação.

A atual sistemática contábil de reconhecimento das receitas das atividades de incorporação imobiliária deverá ser alterada. Por conta do processo de harmonização contábil, as normas editadas pelo IASB deverão ser incorporadas nas práticas contábeis nacionais. Assim deverá ser em breve adotada a orientação atual emitida pelo referido órgão internacional que prevê o reconhecimento da receita da venda de unidades sob o regime de incorporação imobiliária de uma única vez, no momento da entrega da unidade imobiliária ao promitente comprador.²⁸¹

Essa situação que se avizinha deixa claro ainda mais a dificuldade em conciliar as práticas contábeis com a legislação fiscal, o que futuramente será, sem dúvida, campo farto de conflitos entre as autoridades fiscais e os contribuintes.

6.1.2.6. Correção monetária e juros

Nas vendas de unidades imobiliárias a prazo, o valor da receita a ser recebida, segundo a orientação do art. 413 do RIR/99, deve ser reconhecido na conta de clientes a receber, gerando um ativo que terá sua contrapartida justamente na criticada conta de resultados de exercícios futuros. A menção à contabilização antes efetuada tem como única razão explicar como o contribuinte pode auferir receita de juros e correção monetária de valores que ainda não recebeu, mas que, no entanto, já integram o seu ativo.

²⁸¹ Conforme minuta do IFRIC 15 – Agreements for the Construction of Real Estate – (International Financial Report Interpretations Committee).

As compras e vendas de unidades imobiliárias são, em sua maioria, pactuadas com cláusula de correção monetária e juros em decorrência de o prazo do contrato ser normalmente superior a três anos. Neste sentido, a legislação civil reconheceu, excepcionalmente, a possibilidade de aplicar a correção monetária nas vendas de imóveis com prazo superior a três anos.²⁸²

A contratação da compra e venda com juros e correção monetária não é para o incorporador o fim último de sua atividade. Ao contrário, é um mecanismo para possibilitar ao comprador adquirir o produto posto à venda. Ou seja, trata-se de um financiamento direto com o vendedor. Nesse cenário econômico, os juros e a correção monetária fazem parte do preço do bem vendido; a remuneração recebida na venda a prazo não é, sob a ótica negocial, uma receita financeira. Na verdade, ela é parte do preço da unidade vendida, que se não fosse pelo financiamento direto não seria objeto de transação.

O parágrafo 1º do art. 413 do RIR/99 determina a apropriação dos juros pelo regime de competência, ou seja, independentemente do recebimento da parcela de juros, o incorporador deve reconhecer em seu resultado a receita financeira. Formalmente, a norma fiscal está correta, pois a natureza da receita de juros é financeira e, como tal, sujeita ao regime de competência. No entanto, materialmente, merece crítica, tendo em vista tratar-se de preço de unidade imobiliária.

O legislador tributário, mais recentemente, teve oportunidade de analisar a questão antes apresentada quando da edição da MP 252, conhecida como MP do Bem,²⁸³ posteriormente utilizada como base para a Lei nº 11.196/05, quando, para efeito de apuração do lucro presumido, considerou a receita de juros cobrada na venda a prazo de unidades imobiliárias como parte do preço de venda dessas unidades.²⁸⁴

²⁸² Neste sentido, o *caput* do art. 46 da Lei nº 10.931/04 dispõe: “Art. 46. Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança”. Outras medidas relativas à correção monetária do contrato imobiliário encontram-se na Lei nº 9.069/95 (Plano Real), Lei nº 9.514/97 (Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI), Lei nº 10.192/01 (Medidas Complementares ao Plano Real) e MP nº 2.223/01 (LCI/CCI).

²⁸³ A MP 252 não foi convertida em lei; as matérias nela tratadas foram objeto de reedição na MP 255, posteriormente convertida na Lei nº 11.196/05.

²⁸⁴ A questão da inclusão dos juros na base de cálculo do lucro presumido, tratada pelo art. 34 da Lei nº 11.196/05, será objeto de análise em capítulo próprio.

A falta de sistematização da legislação que regulamenta o setor fica evidente, pois, para efeito de cálculo do lucro real, os juros são considerados receita financeira; e, para os tributos (imposto de renda e contribuição social), no lucro presumido, são considerados preço de venda do imóvel.

A mesma discussão aplica-se à correção monetária. Mas aqui a conclusão resulta diversa. A correção monetária é acessória do principal, devendo receber o mesmo tratamento fiscal dispensado ao principal.

Com vistas a minimizar o efeito da tributação da receita de correção monetária, que em tempos recentes era extremamente relevante dadas as altas taxas de inflação registradas no País, o art. 414 do RIR/99 determinou o reconhecimento pelo regime de competência somente do resultante do montante de correção monetária sobre o saldo do preço, calculada conforme os índices pactuados nos contratos, reduzida da correção monetária do lucro bruto registrado na conta de resultado de exercícios futuros.

Naturalmente, o lucro bruto registrado na conta de resultados de exercícios futuros será sempre superior ao saldo credor do preço, tendo em vista que: (i) o lucro é o resultante da receita menos os custos e, portanto, inferior à receita total a receber; (ii) o lucro registrado na conta de resultados de exercícios futuros é o remanescente a ser ainda reconhecido nos lucros e perdas, sendo sempre deduzido na proporção do recebimento do preço.

6.1.2.7. Condição suspensiva

As compras e vendas de imóveis efetuadas em regime de incorporação imobiliária são contratadas, normalmente, sob condição suspensiva para a sua implementação definitiva. É o exemplo da compra e venda condicionada à obtenção de financiamento imobiliário para a produção do bem ou a liberação de hipoteca que recaia sobre o imóvel incorporado ou ainda à obtenção de habite-se quando do término da obra.

Nessas hipóteses, indaga-se se o reconhecimento da receita recebida com a venda da unidade imobiliária deve observar a implementação da condição suspensiva contratada entre as partes, tendo em vista a ausência de certeza quanto ao negócio realizado.

A Instrução Normativa nº 84/79, em seus itens 10.1 a 10.5, reconheceu expressamente a faculdade de diferimento pelo contribuinte do momento em que se considera efetivada a venda. Segundo o referido ato normativo, considera-se realizada a venda quando implementada a condição suspensiva a que estiver sujeita a venda e compra, sendo considerada condição suspensiva aquela que “*subordine a aquisição do direito à verificação ou ocorrência do fato nela previsto.*”²⁸⁵

Não se trata de diferimento da tributação, pois ainda não ocorreu o fato gerador do imposto e sim de postergação do momento do reconhecimento da receita como definitiva, o que se encontra em consonância com os princípios e critérios que informam a tributação da renda, em especial a necessidade da renda constituir uma riqueza nova, a disponibilidade da renda e a renda encontrar-se efetivamente realizada.

Sob o aspecto prático a questão da aplicação das cláusulas suspensivas tem gerado inúmeras discussões entre as autoridades fiscais e os contribuintes, não no que toca aos seus efeitos, pois a própria Receita Federal admite que a sua contratação implica no diferimento da receita recebida, mas sim na interpretação quanta à natureza das cláusulas firmadas.²⁸⁶

A IN acima mencionada, em seu item 10.2, além de trazer definição de cláusula suspensiva exemplifica as disposições que considera como tal: as previsões contratuais que vinculem a eficácia da compra e venda à obtenção de financiamento do saldo devedor do preço ou que sujeite essa eficácia à liberação da hipoteca.

²⁸⁵ Conforme item 10.2 da IN SRF nº 84/79.

²⁸⁶ Vide Acórdão 103-20751 da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes: “IRPJ. IMÓVEL. COMPRA E VENDA A PRAZO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. ARGUIÇÃO RECURSAL. ELEMENTOS FUTURO E INCERTO PARCIALMENTE NÃO-TIPIFICADOS. IMPROCEDÊNCIA. A condição suspensiva pressupõe a presença de evento futuro e a imprescindibilidade do elemento de certeza. O contrato firmado com os adquirentes de unidades regulares imobiliárias, sem vinculação que subordine o pacto à obtenção de financiamento junto a terceiros, ainda que possa tipificar elemento futuro, não tem fôlego jurídico para subtrair o grau de certeza.” Sobre o assunto vide ainda Acórdãos 103-20863 e 103-20869 ambos da Terceira Câmara do CC.

A questão controversa relaciona-se, portanto, com a natureza das cláusulas e não com seus efeitos. Deve-se então indagar se a disposição contratual tem a força necessária para atribuir o efeito de incerteza à receita a ponto do contribuinte não considerá-la como reconhecida.

O art. 121 do Código Civil considera como condição a cláusula que subordina, derivando da vontade das partes, o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. No referido artigo encontram-se os elementos essenciais que caracterizam a condição: a incerteza e futuridade do evento.²⁸⁷

A condição deve sempre referir-se a fato futuro; assim fato já ocorrido não pode ser considerado condição. Deve, ainda, relacionar-se com evento incerto e depender da vontade das partes. Caracterizada a condição como suspensiva, o ato não pode ser exigido, nos termos do disposto do art. 125 do Código Civil.²⁸⁸

A solução das questões entre os contribuintes e o fisco encontra-se, portanto, na correta classificação da cláusula prevista nos contratos de compra e venda: estando o negócio jurídico suspenso por condição estipulada entre as partes, os recursos eventualmente recebidos não poderão ser considerados receita tributável, não há a disponibilidade da renda e, portanto, ausente o fato gerador do imposto de renda.²⁸⁹

A rigor a disposição da Instrução Normativa acima mencionada não atribui qualquer direito novo ao contribuinte, reconhece somente o efeito jurídico da cláusula suspensiva, elemento freqüentemente utilizado nos contratos imobiliários.

²⁸⁷ Conforme VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1. p. 449 – 459. e OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Arts. 79 a 137. In: TEIXEIRA, Sílvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo: arts. 79 a 137*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2, p. 288-305.

²⁸⁸ Dispõe o art. 125: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

²⁸⁹ Este mesmo fundamento é seguidamente utilizado pelo Conselho de Contribuintes nas decisões administrativas que versam sobre a matéria. Vide nesse sentido os Acórdãos 103-20751, 103-20863 e 103-20869.

Há, ainda, duas outras situações que merecem análise. São disposições de ordem legal que trazem incerteza em relação à compra e venda efetuada sob o regime de incorporação imobiliária.

Prevê o art. art. 34, §4º da Lei nº 4.591/64 que o incorporador poderá desistir do empreendimento no prazo de 180 dias contados da data de registro da incorporação imobiliária. Este *prazo de carência* é outorgado pela lei para que o incorporador, pretendendo o negócio, sonde as condições de aceitação do mercado e caso entenda por não prosseguir na incorporação terá a faculdade de desistir sem sujeitar-se a perdas e danos.²⁹⁰

As vendas realizadas e recebidas nesse período estão sujeitas à confirmação do incorporador, mesmo que tácita, da continuidade do negócio. Não há, portanto, a certeza do negócio. Trata-se de condição legal que depende de ato futuro e incerto; os efeitos da compra e venda encontram-se suspensos até a implementação da condição para a continuidade do empreendimento. Desta forma, os recursos recebidos não poderão ser reconhecidos como receita tributável, pois não constituem renda realizada.

Outra situação é a que decorre da aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor – CDC que, aplicado aos contratos de incorporação imobiliária, obrigam o empreendedor a devolver parte relevante do preço pago em caso de arrependimento por parte do promitente comprador do negócio efetuado. Destaque-se que não há prazo para o arrependimento, bem como desnecessária a existência de motivo que justifique a rescisão; é, segundo a atual jurisprudência,²⁹¹ um direito do consumidor o arrependimento e o recebimento do preço, descontadas as despesas e custos incorridos pelo fornecedor do bem.

²⁹⁰ Conforme PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*, cit., p. 267-268.

²⁹¹ RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CESSÃO POSTERIOR DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES A TERCEIRO. DESISTÊNCIA. AÇÃO PRETENDENDO A RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO DE 25% EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. ARTS. 51, II, E 53 DO CDC. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Falta condição de admissibilidade ao recurso, quanto à alegada divergência jurisprudencial, porquanto ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos tidos como confrontantes, segundo exigência contida no parágrafo único do artigo 541 do CPC e no §2º do artigo 255 do RISTJ. 2. I. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avançadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002, p. 281). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado para 25%. Precedentes do STJ. (REsp 332.947/MG, 4ª Turma,

Neste cenário a venda e compra sempre terá certo grau de incerteza, pois a qualquer momento o incorporador poderá ser obrigado a devolver os recursos recebidos; deve-se verificar se no caso concreto estão as partes frente a uma condição suspensiva, que tem como efeito adiar a eficácia do negócio jurídico ou frente a uma condição resolutiva, que atribui a extinção do direito somente após a sua implementação.

Para Silvio de Salvo Venosa nem sempre é fácil distinguir a condição suspensiva da resolutiva; o autor lembra que nos contras bilaterais, como a compra e venda existe sempre, de forma tácita ou expressa, uma condição resolutiva: o fornecimento da prestação entre as partes.²⁹² Parece ser esta a melhor interpretação. O art. 53 do CDC trouxe uma espécie de condição resolutiva legal que de forma tácita consta dos contratos de compra e venda. Nesse caso, os recursos recebidos devem ser normalmente reconhecidos como receita sujeita às regras de tributação da atividade imobiliária.

6.2. A atividade de loteamento

A atividade de loteamento é normalmente executada por dois contribuintes diversos: um é proprietário da gleba a ser parcelada, outro é responsável pela pesquisa de mercado, elaboração de projeto, execução das obras de infra-estrutura (ruas, esgoto, iluminação), vendas e outras obrigações assumidas em contrato específico. O primeiro participante auferir receita da venda de imóvel, a tributação da sua atividade encontra-se regulamentada no art. 410 do RIR/99 sujeitando-se, assim, às regras analisadas no item 6.1. A apuração e o reconhecimento do lucro nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica.

O segundo contribuinte, a empresa de desenvolvimento urbano, não promove desmembramento de terreno ou loteamento pelo fato de não ser ela a proprietária da gleba.

Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 11/12/2006). 2. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, parcialmente provido.

²⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., v. 1. p. 449-459.

Estaria, assim, sujeita às regras aplicáveis às empresas prestadoras de serviços. Ocorre, no entanto, que sob o aspecto econômico a remuneração dessas empresas é vinculada ao sucesso do empreendimento; são firmados contratos de parceria segundo os quais a empresa de desenvolvimento investe recursos e tecnologia para receber, no futuro, parte da receita de vendas dos lotes urbanizados.

O loteamento é um empreendimento de longa maturação, os lotes são normalmente vendidos em fases e com prazo de pagamento bastante longo. Nessa circunstância, o contribuinte que executa o empreendimento enfrentaria a seguinte situação: os custos dos serviços prestados seriam lançados como despesa do exercício quando incorridos, enquanto que a receita seria tributada quando do recebimento, ou seja, os custos não seriam reconhecidos no mesmo exercício que as receitas, acarretando o seu descasamento e conseqüentemente uma tributação mais elevada, comparado tal contribuinte com outro que fosse proprietário original da gleba loteada.

Para afastar esse tratamento inadequado, a Receita Federal emitiu o Parecer Normativo CST nº 15, de 23 de julho de 1984, reconhecendo que as empresas que executem, como prestadoras de serviços, loteamento e vinculem a sua remuneração à venda dos lotes devem sujeitar-se às mesmas regras aplicáveis às empresas que vendem unidades imobiliárias.

A razão que levou ao entendimento acima foi exposta no próprio Parecer Normativo. Para as autoridades fiscais, ambas as empresas que participam do loteamento e da execução de obras de infra-estrutura se equivalem, economicamente, já que a infra-estrutura é incorporada ao terreno vendido e, portanto, a receita auferida pela empresa de desenvolvimento é caracterizada como receita imobiliária. Desta forma, tanto a receita da empresa proprietária da gleba como a da empresa loteadora, sob o ponto de vista econômico e fiscal, por conta do referido Parecer Normativo, são equiparadas e tributadas como atividade imobiliária.

Há de se destacar que o tratamento dispensado atende aos princípios da competência, já que receitas e despesas de um mesmo negócio devem ser reconhecidas e tributadas conjuntamente e, sobretudo à igualdade, pois atribui tratamento equivalente a contribuintes que se encontram em situação similar.

6.3. A tributação das operações de securitização de recebíveis

6.3.1. As questões relativas à tributação das operações de securitização de recebíveis

A securitização de recebíveis constitui atualmente um processo de transformação de ativos em títulos.²⁹³ Trata-se assim de uma venda de créditos vincendos ou futuros detidos pela empresa que atua no mercado imobiliário.

Os créditos que darão suporte aos títulos emitidos (CRI, CCI) são oriundos das operações imobiliárias efetuadas pelas empresas. Assim, por exemplo, a empresa que possui recebíveis imobiliários decorrentes da venda de imóveis incorporados pode alienar estes recebíveis diretamente a uma Companhia Securitizadora que emitirá títulos lastreados nesses recebíveis, os quais serão em seguida oferecidos a investidores interessados na rentabilidade e riscos específicos desses papéis.

No entanto, as operações de financiamento que se utilizam do mecanismo da securitização podem tornar-se mais complexas. É o exemplo das vendas de créditos não-nascidos. Nestas situações a empresa cede créditos futuros com base em uma simples expectativa: é o caso da alienação de créditos de imóvel ainda não vendido ou de receita de aluguel ainda inexistente. Nesses casos o cedente monetariza uma receita de exercícios futuros, sem, muitas vezes, ter incorrido nos custos necessários à geração daquela receita securitizada.²⁹⁴

Nas operações de securitização há para o cedente um evidente ingresso de recursos em seu patrimônio que terá como contrapartida a cessão de um crédito nascido ou não.

²⁹³ Vide item 5.9. Instrumentos financeiros imobiliários – securitização de recebíveis.

²⁹⁴ Conforme CAMPOS, Diogo Leite de; PINTO, Cláudia Saavedra. op. cit., p. 11.

Para a correta determinação da tributação aplicável às operações de recebíveis é necessário atentar para a natureza jurídica do negócio e não para a natureza econômica dos fatos, observando-se sempre os princípios e critérios que informam a tributação da renda imobiliária. Tem-se, assim, como já destacado, que a securitização é um processo que tem como base a venda de créditos e, portanto, a antecipação de uma receita que seria futuramente auferida pela empresa.

Analisa-se, a seguir, as hipóteses em que se pode vislumbrar a securitização no setor imobiliário e a sua tributação.

6.3.2. A tributação das operações de recebíveis

Nos *créditos performados*, ou seja naqueles valores a receber decorrentes da venda de imóveis já construídos e entregues aos clientes, a antecipação da receita por meio da securitização deverá ser tributada quando da efetivação da cessão, nos mesmos termos do que dispõe o art. 410 do RIR/99, analisado no item 6.1.2.1. Venda à vista de imóvel pronto. Há mero recebimento do valor do imóvel vendido, que deve ser levado à tributação quando do efetivo ingresso do valor correspondente à venda, *in casu*, quando da efetivação da cessão do crédito.

Na hipótese de securitização de recebíveis não totalmente performados, ou seja, os créditos já existentes mas que ainda demandam por parte do cedente o cumprimento de obrigações contratuais pendentes (como por exemplo a finalização da obra), a venda desses créditos deve ser considerada como uma receita sujeita às mesmas regras da receita recebida quando da antecipação dos pagamentos pelos promitentes compradores, nos moldes do que foi comentado no item 6.1.2.2. Venda à vista de unidade em construção.

A securitização de créditos futuros, ou seja, créditos que dependam da implementação do negócio que dará origem ao ativo a ser securitizado, dá-se quando um investidor adquire os créditos futuros de um empreendimento ainda não incorporado ou, indo mais além, que um investidor adquire créditos que serão gerados na venda de unidades imobiliárias de

empreendimentos que serão lançados no ano seguinte à operação de cessão. O crédito ainda não se encontra contabilmente reconhecido, e tão pouco não há qualquer custo relevante relacionado aos empreendimentos futuros.

Diogo Leite de Campos analisa a questão e conclui: “Parece-nos que a solução, na perspectiva da estrutura da operação e do interesses em causa, só pode ser a que se trata efectivamente de um preço que é tributado no momento em que é recebido. Enquanto os custos necessários mais tarde para obter esse preço, são deduzidos à matéria colectável nos anos subsequentes.”²⁹⁵ Para o autor português a receita considera-se realizada na data em que se opera a transmissão do direito, já que o direito não nasce no ano em que é suportado o custo, mas sim no momento da venda de uma expectativa (de crédito) jurídica ao cessionário.

O raciocínio acima considera que a natureza jurídica do ato celebrado é a cessão de uma expectativa de créditos e esta se completa no patrimônio do cedente, no momento em que se realiza a cessão. Ocorre que a legislação do imposto de renda no Brasil, ao incorporar o regime de competência na formação da base de cálculo do imposto de renda indica que se deve observar os critérios de reconhecimento de receita que atendam ao referido critério informador do sistema. Neste sentido, a receita deve ser tributada à medida que os custos são reconhecidos, sob pena de tributar um lucro inexistente no momento da cessão.

A legislação tributária que regulamenta a imposição do lucro das operações imobiliárias reconhece por diversas vezes que o emparelhamento das receitas e das despesas é um dos critérios informadores do sistema.²⁹⁶ Tributar em momento diverso as receitas e aos custos a ela relacionados seria uma medida que contraria esses fundamentos. Parece, portanto, que a melhor solução seria diferir a tributação para a época do efetivo reconhecimento dos custos necessários à geração daquela receita.

²⁹⁵ Id. Ibid., p. 108.

²⁹⁶ Vide item 6.1.2.4. Venda de unidades a prazo.

6.4. Identificação das características e particularidades da tributação da renda das incorporações imobiliárias e loteamento na pessoa jurídica – lucro real e princípios destacados

Das análises efetuadas no capítulo V verifica-se que a legislação que regula a tributação do imposto de renda calculado pelo lucro real das incorporações imobiliárias e dos loteamentos, em grande parte adotou disposições que atendem adequadamente aos princípios e critérios que regem a tributação sobre a renda, demonstrando compreensão das especificidades das operações desenvolvidas pelos contribuintes do mercado imobiliário. Tais fatores, aliados à coerência entre as disposições analisadas, permitem iniciar a construção de um sistema normativo tributário do setor imobiliário.

Abaixo se apresentam as conclusões alcançadas nesse capítulo, para em seguida enumerar os fundamentos extraídos das normas analisadas que permitem afirmar a construção do sistema acima referido:

(i) a apuração do lucro decorrente das atividades imobiliárias e o momento do seu reconhecimento, dadas as suas particularidades, recebeu tratamento especial da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas com a finalidade última de adaptar os regimes gerais, aplicáveis aos demais contribuintes, aos negócios praticados no setor imobiliário. Encontra-se, assim, claramente atendido o princípio da igualdade, pois o legislador, a fim de dispensar tratamento econômico equivalente a contribuintes que se encontram em situações diversas, organizou disposições especiais para o mercado imobiliário que levam ao mesmo resultado tributário daquele obtido pelos contribuintes em geral;

(ii) nas vendas à vista de imóvel pronto, os valores recebidos com a transação deverão ser tributados quando do efetivo recebimento, sendo a receita lançada em conta de resultado e contraposto ao custo do imóvel construído. Não há que se falar em regime de caixa ou competência, pois em ambos os regimes coincide o momento da tributação. Discute-se, ainda, se as reservas de imóveis efetuadas tipificam o fato gerador que determina o momento do reconhecimento da receita recebida, a exemplo do que ocorre com os compromissos particulares firmados. Nesse particular, entende-se que não há o acréscimo

patrimonial, bem como não se configura a disponibilidade econômica e jurídica da renda, pois a reserva, mesmo acompanhada de pagamento, não atribui direito ao vendedor de dispor dos recursos recebidos;

(iii) nas vendas à vista com a unidade em construção, a IN SRF nº 84/79 prevê o reconhecimento integral da receita contra os custos até então incorridos. Este procedimento afronta o regime de competência, em especial por não atender ao critério informador do emparelhamento das receitas e despesas, na medida em que a unidade vendida não se encontra terminada. Da mesma forma, não é atendido o critério da realização da renda, pois para que esta seja reconhecida é necessário o cumprimento de todas as obrigações por parte do vendedor, o que também não ocorre nas vendas de imóveis em construção;

(iv) a legislação prevê uma alternativa para mitigar os efeitos tributários nas vendas de unidades em construção; nesse sentido é facultado o reconhecimento antecipado dos custos previstos para a obra possibilitando ao contribuinte tributar o lucro previsto para o empreendimento. A sistemática do custo orçado busca viabilizar a aplicação do regime de competência na medida em que cria um mecanismo que atende aos critérios informadores do emparelhamento das receitas e despesas e da realização do lucro;

(v) o momento do reconhecimento do lucro nas vendas de unidades imobiliárias a prazo mereceu especial atenção da legislação. O lucro, como regra geral, deve ser reconhecido no exercício do recebimento dos valores parcelados, proporcionalmente ao montante recebido. A legislação fiscal (art. 413 do RIR/99) prevê o lançamento contábil na conta de resultados de exercícios futuros para viabilizar a tributação proporcional do lucro realizado, o que contraria a norma do art. 177 da Lei das S.A. (que trata da contabilidade das empresas) por determinar modificação na escrita contábil para atingir fins exclusivamente fiscais. Nesse aspecto, a norma é anti-sistêmica;

(vi) a norma do art. 413 do RIR/99, ao determinar a tributação quando do recebimento é medida que atende à realização e à disponibilidade econômica e jurídica, pois é somente nesse momento que ocorre o acréscimo patrimonial do contribuinte;

(vii) a determinação de tributação da correção monetária e juros decorrentes das vendas a prazo, de forma diversa da parcela do preço da unidade imobiliária, desrespeitam a

natureza econômica das referidas receitas, pois não se trata de acréscimos financeiros, mas sim parcela do preço do imóvel vendido. Tal tratamento é contrário à orientação que vem sendo adotada pelas demais normas que mais recentemente versaram sobre o assunto, em especial a Lei nº 11.196/05 que reconheceu, para efeito da tributação presumida, as receitas financeiras imobiliárias como parte do preço de venda;

(viii) deve-se observar para fins de reconhecimento da receita as condições suspensivas previstas nos contratos entre as partes, em especial nas compras e vendas de imóveis. Tais cláusulas suspendem a eficácia do contrato até a sua implementação o que gera o diferimento do reconhecimento da recebida;

(viii) as atividades de loteamento são equiparadas para fins fiscais às vendas de imóveis, mesmo para as empresas de desenvolvimento urbano que participam do empreendimento, mas que não são proprietárias dos lotes a serem negociados. O tratamento dispensado atende ao regime de competência, com destaque para o emparelhamento das receitas com as despesas. Fundamenta-se, sobretudo, na observância do princípio da igualdade, na medida em que atribui a mesma carga fiscal a contribuintes que se encontram em situações economicamente similares;

(ix) nas operações de securitização de recebíveis, a tributação da receita auferida deve observar a natureza jurídica da operação; se se tratar de securitização de créditos de venda de imóvel a, prazo a sua imposição será a mesma se considerada a antecipação daqueles créditos pelo cliente-comprador. Nos créditos ainda não nascidos a solução passa pela aplicação dos critérios informadores do sistema da tributação imobiliária, em especial a observância do regime de competência e do emparelhamento das receitas com as despesas.

Verifica-se que as normas que versam sobre a tributação do imposto de renda das pessoas jurídicas pelo lucro real privilegiam o atendimento de alguns princípios da tributação em geral, e da renda em especial, além de possibilitar a identificação de regras próprias e testar a coerência de suas disposições normativas, possibilitando a construção de um sistema autônomo:

a) o princípio da igualdade é seguidamente perseguido pelas normas analisadas no presente capítulo, na medida em que objetiva dar tratamento equitativo às empresas que atuam no setor imobiliário, aquele destinado aos contribuintes em geral;

b) o reclamo da tributação da renda como acréscimo patrimonial também é atendido pela legislação, pois possibilita aos contribuintes tributar o lucro efetivo da venda das unidades, mesmo que os custos para a sua produção não tenham sido totalmente incorridos. No mesmo sentido é atendido o princípio da renda como geração de riqueza nova;

c) a disponibilidade jurídica e econômica é observada, em especial quando prevê o momento do reconhecimento da receita para o momento do efetivo ingresso dos recursos, assemelhando-se a um regime de caixa. Reforça-se, ainda, a atenção à disponibilidade econômica e jurídica quando possibilita aos contribuintes, mesmo tendo recebido parte do preço, diferir a tributação para o momento da implementação da condição suspensiva;

d) o emparelhamento das receitas e despesas é atendido na disposição que possibilita o lançamento das vendas efetuadas na conta de resultados de exercícios futuros, bem como na sistemática do custo orçado;

e) o princípio da realização da renda é atingido nas mesmas duas hipóteses acima;

f) extrai-se das normas analisadas que a tributação das atividades imobiliárias, quanto ao momento do reconhecimento do resultado, observa sempre a disponibilidade monetária ou em valores que possam facilmente ser convertidos em dinheiro; não há hipótese em que a tributação ocorra antes do efetivo recebimento do preço como ocorre nos demais setores da economia; há, assim, uma regra própria da tributação imobiliária, qual seja a imposição segundo o regime de caixa.

Abaixo, quadro sinóptico que possibilita a visualização dos princípios e critérios informadores acima mencionados:

<i>Princípios constitucionais</i>	
Igualdade	Ao dispensar tratamento específico para as empresas do

	<p>setor imobiliário que se encontram em situação diversa dos demais contribuintes igualando os efeitos da tributação.</p> <p>Ao prever o mesmo tratamento tributário dispensado para as empresas de desenvolvimento urbano daquele previsto para os loteadores.</p>
<i>Princípios de direito tributário</i>	
Geração de riqueza nova	Ao prever a possibilidade de antecipação dos custos ainda não incorridos nas vendas de imóveis.
Disponibilidade econômica e jurídica	Quando possibilita o diferimento da tributação mesmo após o recebimento dos valores.
<i>Critérios informadores</i>	
Renda como acréscimo patrimonial	Ao possibilitar a tributação do lucro efetivo antes mesmo dos custos serem incorridos
Regime de caixa	Ao prever a tributação somente a partir do efetivo recebimento dos valores das vendas.
Emparelhamento das receitas e das despesas	<p>É atendido nas previsões que determinam o lançamento das receitas nas contas de resultados de exercícios futuros e do custo orçado.</p> <p>Da mesma forma é aplicável nas operações de securitização de créditos não-nascidos.</p>
Realização da renda	Nas mesmas hipóteses acima mencionadas e nos efeitos fiscais gerados pela aplicação das cláusulas suspensivas.

CAPÍTULO VII – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO PRESUMIDO

7.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – indução à sua opção

A tributação do lucro em base presumida,²⁹⁷ é mecanismo largamente utilizado pelas empresas que atuam no setor imobiliário, em especial as que se dedicam às atividades de incorporação imobiliária, compra e venda de imóveis próprios, loteamento e locação de imóveis que compõem seu patrimônio.

São várias as razões que levam as empresas a optar pela tributação presumida. O percentual de margem de lucro estabelecido para as vendas de imóveis próprios, incorporados ou loteados é de 8% sobre o valor da receita para cálculo do imposto de renda e de 12% para a contribuição social sobre o lucro, o que se apresenta como vantajoso se comparado com as margens de lucro normalmente praticadas nessas atividades. A simplificação objetivada pela legislação que regulamenta o lucro presumido também é fator que induz o contribuinte à sua escolha. Tais razões são comuns a todas as empresas, quer dizer, leva-se sempre em conta a comparação entre as margens de lucro presumidas pela legislação e aquelas próprias do negócio praticado, da mesma forma a simplificação aplica-se a todos os contribuintes que efetuarem a opção.

Há, no entanto, outros fatores específicos das empresas que praticam as atividades acima citadas que elevam o número de contribuintes do setor imobiliário optantes do lucro

²⁹⁷ Como destacado no item acima 4.4. Tributação presumida da pessoa jurídica.

presumido. A tributação presumida é destinada à apuração do lucro para efeitos e cálculo do imposto de renda e da contribuição social; entretanto, em decorrência do disposto nas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as contribuições sociais do PIS e COFINS, calculadas sobre as receitas, devem ser apuradas para as empresas que optem pelo lucro presumido, na sistemática cumulativa, com a aplicação das alíquotas de 0,65% e de 3% respectivamente. Ocorre que as atividades acima mencionadas estão sujeitas à apuração das referidas contribuições pela sistemática não-cumulativa,²⁹⁸ o que, em função das limitações impostas pelas leis de regência aos créditos de insumos empregados, em especial a mão-de-obra, implicam uma tributação mais onerosa se comparada com a sistemática cumulativa. Desta forma, o contribuinte acaba por considerar o efeito do PIS e da COFINS no momento da opção pelo lucro presumido, podendo chegar a extremos em que a tributação presumida é mais vantajosa mesmo na ausência de lucros.²⁹⁹

Adicionalmente, os contribuintes que exercem as atividades de compra e venda, incorporação e loteamento, normalmente, por exigências das instituições financiadoras dos projetos, organizam o empreendimento imobiliário a ser desenvolvido por meio de sociedades constituídas com o único fim de desenvolver o referido negócio. Desta forma, as receitas auferidas por essas sociedades de propósito específico – SPE³⁰⁰ são computadas individualmente, para efeito dos limites de receita do lucro presumido, possibilitando o exercício da opção, o que não seria possível se todos os empreendimentos fossem levados a cabo em uma única pessoa jurídica.

O lucro presumido destina-se às empresas de médio porte, assim consideradas aquelas que possuem receita inferior a R\$ 48.000.000,00 por ano. Ocorre, entretanto, que a tributação pelo imposto de renda aplica-se à pessoa jurídica individualmente e não ao grupo empresarial de que ela faz parte, o que possibilita a opção pela tributação simplificada para

²⁹⁸ A questão da sujeição das receitas da atividade de compra e venda, incorporação e loteamento à sistemática não-cumulativa do PIS e da COFINS não é pacífica. Discute-se se a nova sistemática seria aplicável às receitas de incorporação imobiliária, tendo em vista o tratamento dispensado pelo art. 10º, inciso XX, da Lei nº 10.833/03, que previu que as receitas de construção civil seriam tributadas pela sistemática cumulativa até 31.12.08. Veja-se, nesse sentido, liminar deferida pela 20ª Vara da Justiça Federal de São Paulo em favor do SECOVI – SP, no processo nº 2005.6100005850-5, que possibilita às empresas incorporadoras o recolhimento do PIS e COFINS na forma cumulativa.

²⁹⁹ A situação mencionada pode ocorrer quando o contribuinte tenha créditos reduzidos na apuração do PIS e da COFINS aproximando a base de cálculo não-cumulativa ao valor da receita percebida, o que implica uma alíquota efetiva próxima a 9,25% (1,65% de PIS e 7,6% de COFINS).

³⁰⁰ Entende-se por sociedade de propósito específico as pessoas jurídicas que constituídas sob a forma de sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada possuam objeto social específico, normalmente vinculado ao empreendimento mobiliário que pretende desenvolver.

as empresas de médio porte, mesmo que pertencentes a grupos econômicos cujo somatória das receitas as impediria de optar pela tributação do lucro presumido.

7.1.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – princípios e compatibilidade

Situação bastante comum no mercado imobiliário é aquela em que os incorporadores, motivados por questões econômicas externas à sua atividade, são levados a constituir empresas para a consecução de um único empreendimento, conhecidas como sociedades de propósitos específicos – SPE.

As razões acima referidas são normalmente impostas pelos agentes financeiros, por sócios ou pelos vendedores do terreno que, visando a maior segurança em relação aos negócios efetuados, exigem do incorporador a segregação da incorporação imobiliária em uma empresa específica. Esta segregação acaba por viabilizar a opção pelo lucro presumido, na medida em que possibilita a aplicação do limite de R\$ 48 milhões às SPE criadas com o fim primeiro de segregação de risco empresarial.

Discute-se, assim, se a profusão na utilização dessas SPEs, com a conseqüente opção pelo lucro presumido, desrespeitaria os fundamentos desta tributação por possibilitar a opção por parte de empresas pertencentes a grandes grupos econômicos.

Como destacado anteriormente,³⁰¹ a tributação presumida concretiza o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte³⁰² previsto no art. 179 da Constituição Federal, a livre concorrência e o princípio da igualdade.

³⁰¹ Vide item 4.4. Tributação presumida da pessoa jurídica.

³⁰² A Constituição Federal, ao prever o tratamento favorecido, não define os limites para a consideração do que seria empresa de pequeno porte. Parece que o tratamento favorecido recomendado pela Constituição deve ser sempre aplicado quando se verificar uma situação em que as empresas de menor porte encontram obstáculos ao competir com as grandes empresas. A instituição de legislação tributária destinada às micro e pequenas empresas não preenche por completo o mandamento constitucional do art. 179; na legislação

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, com o fato de que a legislação ordinária, ao permitir a opção pela tributação presumida por empresas que pertençam a grandes grupos econômicos afrontaria os princípios acima citados, já que o benefício seria usufruído por quem dele não necessita, aumentando as suas vantagens competitivas e, ainda, desrespeitando o princípio da igualdade, haja vista a atribuição de tratamento equivalente a contribuintes que se encontram em situação diversa.

No que toca ao princípio da igualdade, a inadequação da sistemática presumida seria também passível de questionamento, já que para que se comparem dois contribuintes é necessário sempre questionar em relação a que aspecto se efetuará a comparação (parâmetro de comparação). Assim, a tributação presumida desrespeitaria a igualdade se as pessoas jurídicas optantes fossem analisadas sob a visão do grupo econômico a que pertencem; de maneira oposta, se o parâmetro de comparação fosse relacionado às pessoas jurídicas individualmente, a igualdade seria respeitada.

Por outro lado, a tributação presumida encontra respaldo no princípio da praticabilidade. Cumpre, portanto, verificar se, após a análise dos efeitos da norma tributária junto aos contribuintes, os objetivos pretendidos estariam desvirtuados, maculando-se a sistemática adotada pela legislação ordinária para a tributação do lucro presumido.

O sistema jurídico permite a convivência entre princípios, o que não ocorre com as regras; se conflitantes aquela que não encontra respaldo junto ao ordenamento deve ser afastada. Quando há conflito entre princípios deve-se procurar a solução por meio de ponderação quanto ao seu peso e harmonização em relação às demais normas do sistema.

Verifica-se, no caso concreto da tributação presumida, a atuação conjunta de diversos princípios que se completam e podem, em situações concretas específicas, ser conflitantes.

A sistemática adotada pela legislação ordinária (regras tributárias) que acaba por permitir que empresas, que sob determinada óptica se encontram em situação diversa (empresas pertencentes a grande grupos econômicos x empresas que atuam individualmente), tenham

ordinária permite-se a edição de outras normas com mesmo objeto, ainda que não possuam no texto normativo a expressão *pequeno porte*, exatamente o que ocorre com o lucro presumido.

tratamento tributário semelhante, não deve ser afastada por não atender aos princípios da livre concorrência, do tratamento favorecido e da igualdade.

Deve-se, nesse caso, privilegiar os princípios da praticabilidade, da realização da renda e da capacidade contributiva, como fundamentos de sua imposição, mantendo a tributação presumida como válida mesmo nas hipóteses em que é utilizada por empresas pertencentes a grupos econômicos que, sob determinada óptica, não poderiam beneficiar-se desta sistemática de apuração do imposto de renda.

7.1.2. Receitas financeiras das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento – reconhecimento das especificidades do setor – princípios presentes

A tributação do lucro presumido nas atividades de compra e venda, incorporação imobiliária e loteamento sofreu profunda alteração trazida pelo art. 34 da Lei nº 11.196/05, objeto de conversão da MP 255/05, sucessora da MP 252/05, conhecida como a *MP do Bem*.³⁰³

Para a análise das alterações acima mencionadas é necessária a compreensão do tratamento destinado às receitas financeiras na sistemática do lucro presumido. A legislação em vigor (art. 224 e 519 do RIR/99) atribui tratamento diverso para as receitas de venda de bens e serviços e para as receitas financeiras. Sobre as primeiras aplica-se o percentual de presunção de lucro, conforme a natureza da receita (variando de 1,6% a 32%), para somente então calcular o imposto de renda e a contribuição social devidos mediante a aplicação das alíquotas em vigor;³⁰⁴ para as segundas, não há presunção de lucro, devendo integrar diretamente a base de cálculo presumida; equivale dizer que as receitas financeiras

³⁰³ Sobre o tortuoso processo de conversão da Lei nº 11.196/05 e os efeitos jurídicos decorrentes, em especial em relação à perda de eficácia da MP 252/05, não convertida em lei por perda do prazo constitucional do art. 62, vide MARTINS, Ricardo Lacaz; VETTORI, Gustavo Gonçalves. O impacto da Lei nº 11.196/05 no setor imobiliário. In: FERNADES, Edison Carlos (Coord.). *Alterações tributárias da MP do Bem: Lei 11.196/05 – MP 255*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 321-374.

³⁰⁴ Atualmente o imposto de renda é calculado mediante a aplicação da alíquota base de 15%; sobre os lucros superiores a R\$ 60.000 por trimestre incide uma alíquota adicional de 10%. A progressividade vigente é desprezível. Para a contribuição social sobre o lucro a alíquota é de 9%.

são tributadas na sua totalidade pelas alíquotas do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

O tratamento acima resumido justifica-se, pois o lucro presumido leva em consideração somente a margem de rentabilidade da atividade operacional das empresas e não das eventuais receitas auferidas no mercado financeiro.

Desta forma, encontra-se assim redigido o referido art. 34:

“Art. 34. Os arts. 15 e 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 15. (...)

§ 4º O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.

Art. 20. (...)

§ 1º A pessoa jurídica submetida ao lucro presumido poderá, excepcionalmente, em relação ao 4º (quarto) trimestre-calendário de 2003, optar pelo lucro real, sendo definitiva a tributação pelo lucro presumido relativa aos 3 (três) primeiros trimestres.

*§ 2º O percentual de que trata o caput deste artigo também será aplicado sobre a receita financeira de que trata o § 4º do art. 15 desta Lei.”*³⁰⁵

³⁰⁵ A alteração efetuada com o claro intuito de alterar a sistemática de tributação do lucro presumido das atividades imobiliárias (vide exposição de motivos) alterou, equivocadamente, o artigo 15 da Lei nº 9.249/95 e o § 2º do artigo 20 desta mesma lei. Ambos os referidos artigos tratam da apuração do lucro estimado da pessoa jurídica, aplicando-se o artigo 15 ao IRPJ e o artigo 20 à CSLL. No entanto, é pacífico o entendimento de que tal alteração estende-se ao lucro presumido. Vide discussão do assunto efetuada à época da edição da lei, MARTINS, Ricardo Lacaz; VETTORI, Gustavo Gonçalves. op. cit., p. 321-374.

A alteração operada pelo artigo 34 da Lei nº 11.196/05 tem por efeito justamente fazer migrar alguns elementos de receita auferidos por determinadas pessoas jurídicas para a categoria de receitas operacionais. Os elementos de receita e respectivos titulares atingidos pela alteração estão previstos no § 4º do artigo 15 da Lei nº 9.249/95.

As receitas que, em virtude da alteração, passam a sujeitar-se à aplicação dos coeficientes de 8% (IRPJ) e 12% (CSLL) para a apuração do lucro estimado são as receitas financeiras decorrentes da comercialização de imóveis, apuradas por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.³⁰⁶

As pessoas jurídicas titulares destas receitas e amparadas pelo dispositivo são apenas aquelas que explorem atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda.

Fora destas hipóteses, seja quanto às receitas ou aos seus titulares, não há enquadramento no § 4º, do artigo 15, ou no § 2º do artigo 20 da Lei nº 9.249/95. Assim, outras receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas mencionadas acima como, por exemplo, aquelas advindas de aplicações no mercado financeiro, não estariam abrangidas por este dispositivo.

O benefício gerado pela alteração dá-se pelo enquadramento das receitas financeiras das empresas que explorem a atividade imobiliária na categoria de receitas sujeitas à aplicação

Note-se que, originariamente, a sistemática do lucro estimado era regulada pela Lei nº 8.981/95, sendo que, até hoje, os seus artigos 30 a 32, definem, por expressa remissão dos artigos 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, o conceito de receita utilizado para a sua apuração.

³⁰⁶ A redação do § 4º, do art. 34 transcrito refere-se à receita financeira apurada pela aplicação de “índices ou coeficientes previstos em contrato”; assim surgiram dúvidas entre os contribuintes se a receita decorrente da aplicação dos juros de mora estaria abrangida no referido conceito. A Receita Federal, de forma correta, emitiu resposta à consulta a fim de esclarecer a questão (Processo de Consulta nº 164/07, 9ª Região Fiscal, 23/04/2007): “Para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ pelo lucro presumido, à receita de juros de mora e multa por atraso no pagamento de prestações decorrentes da comercialização de imóveis, auferida por pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, deverá ser aplicado o percentual de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, desde que esses acréscimos sejam apurados por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato. [...]”

dos coeficientes de estimação do lucro, o que geraria uma redução no valor do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

Desta maneira, as empresas do setor imobiliário optantes pelo lucro presumido, ao alienarem unidades imobiliárias a prazo, deparavam-se com a seguinte situação: a receita referente ao valor do principal da venda compunha a base do lucro presumido com a aplicação dos coeficientes de presunção, já as receitas decorrentes da atualização monetária das parcelas, ou de eventuais juros sobre elas incidentes, eram consideradas receitas financeiras (não-operacionais) e, portanto, deveriam compor em sua totalidade a base do lucro presumido, sem a aplicação de qualquer coeficiente.³⁰⁷

Pela análise da exposição de motivos da MP 252/05 podemos notar que o objetivo do legislador, ao editar o artigo 33 desta medida provisória – predecessor do ora comentado artigo 34 da Lei nº 11.196/05 – era justamente atender a este objetivo, ou seja, fazer os coeficientes do lucro presumido se aplicarem sobre essas receitas financeiras.

*“22. O art. 33 determina que as empresas de incorporação e comercialização de imóveis apliquem, sobre as receitas financeiras, quando decorrentes da comercialização de imóveis e apuradas por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato, o percentual de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, para cálculo do lucro presumido. A medida possibilita que empresas menores possam optar pela tributação pelo lucro presumido sem oneração tributária, reduzindo, assim, os custos operacionais, com impacto positivo na formação do preço de venda dos imóveis.”*³⁰⁸

A razão pela qual a legislação acima comentada foi alterada, sob o ponto de vista econômico, deve-se ao reconhecimento pelo legislador das especificidades do mercado imobiliário. Sob o aspecto jurídico, a inclusão das receitas financeiras decorrentes da venda de imóveis a prazo atendeu ao conceito de renda, aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

³⁰⁷ Saliente-se que a interpretação atribuída pelas autoridades fiscais, pela qual tanto as receitas referentes à correção monetária, quanto aquela advinda dos juros deveriam ser incluídas, em sua totalidade, na composição da base de cálculo do lucro presumido, era passível de questionamento, ao menos no que tange à correção monetária, com fundamento no fato de a correção ser mera recomposição do valor inicial do preço, dilapidado pela perda de poder aquisitivo da moeda.

³⁰⁸ Exposição de Motivos da MP 252/05, item 22.

Economicamente, a falta de disponibilidade no mercado financeiro de financiamentos individuais para a aquisição de unidades imobiliárias levou as empresas do setor imobiliário a desempenhar, além das atividades de projeto, construção e venda dos empreendimentos imobiliários, a atividade de financiamento da venda das unidades imobiliárias com recursos próprios, por meio de contratos de longo prazo com atualização monetária e cobrança de juros.

Diferentemente de outros setores da economia, nos quais as empresas vendedoras trabalham conjuntamente com uma empresa financeira, geralmente parceira ou do mesmo grupo econômico daquela, as empresas do setor imobiliário realizavam elas mesmas esta atividade de autofinanciamento.

Assim, diferentemente de quaisquer outras receitas financeiras, como aquelas auferidas no mercado financeiro, que são efetivamente receitas não-operacionais, as receitas financeiras (juros e atualização monetária) reconhecidas pelas empresas do setor imobiliário decorrentes da própria venda de imóveis a prazo têm o caráter econômico de receitas operacionais dessas empresas.

O conceito de renda conforme discutido (vide itens 3.1. A renda como grandeza adequada à tributação – conceito) pressupõe a tributação da chamada renda líquida, que constitui o valor da renda recebida deduzido dos valores necessários à obtenção da renda, implicando, em última instância, na tributação do valor do acréscimo patrimonial do contribuinte. Nesse sentido, o valor dos juros e correção monetária cobrado nas vendas de unidades imobiliárias a prazo nada mais é do que parte integrante do preço do bem vendido, o que demanda, para a sua realização, a produção do bem e naturalmente a assunção de todos os custos e despesas para tal.

O lucro presumido parte, conforme já discutido, de uma presunção de lucratividade da atividade do contribuinte, que nada mais são do que as receitas menos as despesas necessárias à sua geração, baseando-se, a sistemática presumida, no conceito de renda. Não poderia ser diferente, visto que a previsão de sua imposição encontra-se no art. 44 do CTN que enumera as bases de cálculo do imposto de renda, conforme definido no art. 43 anterior, que por sua vez traz o conceito de renda para o ordenamento jurídico.

O caráter opcional do lucro presumido não autoriza a tributação de qualquer valor de forma livre pelo legislador, sob o argumento de que se trata de uma opção e, portanto, remanesce ao contribuinte sempre a alternativa de sujeitar-se à tributação pelo lucro real. Não parece ser esta a interpretação que melhor atende aos princípios tributários, pois, como acima já afirmado, a tributação presumida é uma das formas de apuração do imposto de renda e como tal deve observar as mesmas restrições (tributar somente aquilo que for renda) aplicáveis às outras sistemáticas de alcance da base de cálculo (lucro real e lucro arbitrado). Adicionalmente, o lucro presumido atende aos princípios da livre concorrência, do tratamento privilegiado às empresas de pequeno porte, da praticabilidade da tributação, da capacidade contributiva e da igualdade.

Quanto aos princípios da livre concorrência, do tratamento privilegiado às empresas de pequeno porte e da praticabilidade, a discussão assemelha-se àquela efetuado no item 7.1.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – princípios e compatibilidade. No que tange à capacidade contributiva, esta é concretizada pela tributação da renda líquida, o que somente ocorrerá se aplicado o percentual de presunção sobre as receitas financeiras de natureza operacional.

A igualdade também é atendida pelo art. 34 da Lei nº 11.196/95, pois atribui tratamento equivalente às empresas que se encontram em situações similares, na medida em que aplica o percentual de presunção a todas as receitas que tenham por origem as atividades operacionais desenvolvidas pelo contribuinte.

7.2. A tributação presumida nas atividades de locação de imóveis próprios

As empresas que desenvolvam a atividade de locação de imóveis próprios podem optar pela tributação presumida do lucro. O percentual de presunção previsto pela legislação é de

32% da receita auferida, tanto para o imposto de renda como para a contribuição social sobre o lucro, mesmo percentual aplicável às prestações de serviços em geral.³⁰⁹

O procedimento de apuração da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o mesmo aplicável às demais atividades. Calcula-se o percentual de presunção com base na receita operacional, no caso, a receita de locação quando do seu efetivo recebimento (regime de caixa) e sobre o lucro presumido aplica-se as alíquotas vigentes dos citados tributos. O percentual de tributos resultante, se calculados em relação à receita recebida varia entre 7,68% e 10,88%, a depender da incidência do adicional do imposto de renda. Se acrescido das contribuições do PIS e da COFINS, o percentual de tributos devidos pela pessoa jurídica passa a variar entre 11,33% e 14,53%.

Adicionalmente, a Receita Federal, por meio da Solução de Consulta da 10ª Região Fiscal nº 169/01, definiu que a empresa que exerça a atividade exclusivamente de locação de imóveis próprios e que tenha receita inferior a R\$ 120.000,00 por ano (R\$ 10 mil de locação mensal, por exemplo), terá a base presumida do lucro, para efeito de IR, de 16%, o que implica em um percentual de tributos calculados sobre a receita de locação de 7,49%.

O fundamento que justificou a redução do percentual de 32% para 16% de presunção do lucro foi a equiparação da receita de locação com a prestação de serviços, tendo em vista que as empresas que se dedicam às atividades de prestação de serviços que tenham receita anual inferior a R\$ 120.000,00 sujeitam-se ao percentual de presunção de lucro de 16%.

A razão da aplicação de um percentual reduzido de presunção de lucro para as empresas de menor porte justifica-se tanto pela provável menor lucratividade destas empresas, como pela previsão de tratamento favorecido para as empresas de menor porte, prevista no art. 179 da Constituição Federal.

A atividade de locação de imóveis, dada a sua natureza, demanda um grande investimento inicial na compra ou construção do bem que será objeto da locação; tal investimento constitui um patrimônio do contribuinte que poderá sofrer desvalorização decorrente da sua utilização ou valorização em função do aumento do seu valor de mercado. O efeito da

³⁰⁹ Vide art. 15 da Lei nº 9.249/95 e Solução de Consulta nº 300, da 8ª Região Fiscal.

desvalorização é reconhecido pela legislação fiscal que tributa o lucro real ao possibilitar a dedução das despesas de depreciação das benfeitorias a um percentual de 4% ao ano (no pressuposto de que o imóvel estaria totalmente desvalorizado ao final de 25 anos).³¹⁰ Não há mais gastos substanciais necessários ao desenvolvimento da atividade de locação; verifica-se, assim, que a lucratividade auferida pelas empresas que se dedicam a esta atividade supera normalmente o percentual de presunção de lucro de 32% (presume-se em contrapartida a existência de 68% de despesa).³¹¹

Considere-se, ainda, que o limite de receita imposto pela legislação para as empresas optarem pelo lucro presumido de R\$ 48.000.000,00 anuais abrange a quase totalidade das empresas que se dedicam a esta atividade, o que possibilita a opção pela tributação simplificada de todo um setor da economia.

Como acima analisado, a tributação das receitas de locação na sistemática presumida varia de 7,49% a 14,53%, se comparada com a tributação da locação na pessoa física de até 27,5% pela tabela progressiva. Consta-se que a legislação tributária induz claramente a utilização de pessoas jurídicas para o desenvolvimento da atividade administração (que inclui a locação) de bens próprios.³¹²

Deve-se questionar se há razão maior que justifique o tratamento tributário diferenciado tanto em relação às receitas de locação auferidas pelas pessoas físicas como em relação à tributação pela sistemática do lucro real, ou se se trata de um efeito da tributação não previsto pelo legislador.

Sob a óptica da ordem econômica e dos princípios tributários não há razão que explique o tratamento privilegiado para as empresas que auferiram receita de locação de bens próprios. Poder-se-ia argumentar que o direito social à moradia (art. 6º da Constituição Federal)

³¹⁰ Note-se que o percentual de depreciação é fixo e não corresponde à realidade do contribuinte, podendo ser maior ou menor; trata-se pois de uma ficção legal para que se alcance a apuração do lucro fiscal (vide nesse sentido o item 4.1.2. A expressão do Lucro Real – o mito do lucro real).

³¹¹ A exceção nesses casos apresenta-se quando as empresas optam por estruturar mecanismos de financiamento para a aquisição dos bens imóveis a serem locados. Nesta situação, durante o período de financiamento, as empresas devem suportar a despesa de juros, que será dedutível da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido do exercício.

³¹² Caso os contribuintes optem por transferir para as pessoas jurídicas as atividades de administração dos bens imóveis deve-se considerar, para efeito do cálculo global da tributação, a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI quando da transferência dos imóveis para as empresas, nos termos dos art. 35, 36 e 37 do Código Tributário Nacional.

justificaria tal tratamento, visto que as empresas seriam induzidas a investir na compra de imóveis residenciais e locá-los para a população que não possua condição de aquisição de moradia própria. Tal raciocínio não se sustenta. A legislação não distinguiu, para efeitos de tributação, a locação de imóveis residenciais das locações comerciais; se se pretendesse privilegiar a moradia, a distinção de tratamento seria necessária. A Constituição, por outro lado, prestigia a moradia própria e não aquela locada de terceiros; o incentivo aqui verificado não encontra aí sua justificativa.

Parece, portanto, que o desvirtuamento dos conceitos iniciais da tributação presumida na atividade de locação decorre de um efeito colateral da tributação não previsto originalmente pelo legislador, o que, ressalte-se, não invalida a sua aplicação. Suas regras não se pautam pelos princípios que norteiam as normas do sistema tributário imobiliário.

7.3. Identificação das características e particularidades da tributação presumida nas atividades imobiliárias e princípios destacados

No curso das discussões efetuadas nos itens acima pôde ser constatado que a legislação que regulamenta tributação presumida atendeu, a despeito de aspectos esparsos comentados no curso do presente capítulo, sobretudo mais recentemente, às características especiais da atividade imobiliária, criando uma coerência e unidade típicas de um sistema normativo.

Nesse sentido, destacam-se a seguir os principais temas discutidos no capítulo VI e os princípios e critérios que fundamentam e norteiam as normas analisadas:

(i) os contribuintes que atuam no mercado imobiliário, em especial aqueles que se dedicam às atividades de compra e venda de imóveis próprios, incorporação imobiliária e loteamento possuem vantagens significativas na opção pela tributação presumida;

(ii) os percentuais de presunção de lucro aplicáveis às referidas atividades, aliados à sistemática cumulativa de tributação das contribuições sociais do PIS e da COFINS, a necessidade de segregação do risco nas atividades de incorporação imobiliária e o reconhecimento do tratamento diferenciado das receitas financeiras constituem fatores que induzem o comportamento dos contribuintes para que optem pela tributação presumida do lucro;

(iii) o lucro presumido encontra sua fundamentação no tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, na livre concorrência, na praticabilidade da tributação e na consecução da determinação da legislação complementar de criar uma base de cálculo presumida do imposto de renda que atenda ao fato gerador do imposto, conforme previsto no art. 43 do CTN, de modo a atingir a capacidade contributiva e à tributação da renda disponível;

(iv) no entanto, nem sempre todos os princípios são evidenciados. Verifica-se, a partir das análises dos casos concretos, a presença de todos os fundamentos da tributação presumida, como ocorre, por exemplo, nas situações em que empresas pertencentes a grandes grupos econômicos optam por esta forma de imposição. Embora tal fato não invalide a sistemática estabelecida, deve-se ponderar a aplicação dos princípios quando da análise dos casos específicos de modo que todos sejam atendidos;

(v) o art. 34 da Lei nº 11.196/05 trouxe substancial alteração na apuração da base de cálculo do lucro presumido por reconhecer a natureza especial das receitas financeiras decorrentes da venda de imóveis a prazo; passou, assim, a tratá-las como receita de venda de bens possibilitando a aplicação do percentual de presunção e não mais como receitas financeiras, que até então eram acrescidas à base de cálculo do imposto de renda;

(vi) a tributação das atividades de locação de bens imóveis próprios apresenta-se como vantajosa se adotada a sistemática de tributação presumida. Os contribuintes são induzidos a constituir empresas para o desenvolvimento destas atividades em função da margem de lucro presumida prevista pela legislação e da sistemática aplicável à tributação das contribuições sociais do PIS e da COFINS. A tributação presumida das atividades de locação, pela abrangência que atinge, não encontra fundamento maior no sistema tributário; tal fato, no entanto, não invalida sua imposição. A diferença de carga fiscal

verificada entre o lucro presumido, a pessoa física e o lucro real, atesta uma falta de coerência e unidade nas normas que tratam da tributação imobiliária o que, neste aspecto, merece crítica;

(vii) da análise da legislação da tributação presumida aplicável à atividade imobiliária destacam-se os seguintes princípios como vetores maiores que compõem o sistema tributário imobiliário:

a) o princípio da igualdade, atendido por meio do tratamento equivalente dispensado às empresas que se encontram em situação similar e evidenciado no caso das receitas financeiras decorrentes da venda de imóveis que passaram a ser tributadas aplicando-se o percentual de presunção de lucros destinado às demais receitas operacionais;

b) o princípio da capacidade contributiva, verificado pela adequação da legislação na escolha dos percentuais de presunção de lucro das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento;

c) tributação da renda líquida e acréscimo patrimonial, visto que a legislação permite, em especial nas receitas financeiras operacionais, a aplicação do percentual de presunção, que implica a *dedução* de uma despesa presumida na apuração da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro;

d) atenção ao tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, quando a tributação presumida encontra aplicação nas empresas que individualmente são consideradas de menor porte;

e) livre concorrência, pela inclusão das empresas com tratamento favorecido, aumentando a quantidade de empresas competidoras no mercado e fomentando a livre concorrência;

f) praticabilidade da tributação, princípio de grande relevância na tributação presumida, pois institui uma sistemática de apuração da base de cálculo simplificada, tornando mais eficiente o cálculo dos tributos que incidem sobre o lucro, tanto reduzindo custos para os contribuintes como facilitando a arrecadação e fiscalização por parte das autoridades fiscais;

g) tributação pelo regime de caixa, no reconhecimento pela legislação de que a tributação somente ocorre no momento da disponibilização financeira da renda.

Abaixo, apresenta-se quadro sinóptico que possibilita a visualização dos princípios e critérios informadores acima mencionados:

<i>Princípios constitucionais</i>	
Igualdade	Ao possibilitar a aplicação dos percentuais de presunção sobre as receitas financeiras, dispensando o mesmo tratamento fiscal aplicável às receitas de venda de imóveis.
Capacidade contributiva	Verificado na adequação dos percentuais de presunção do lucro presumido nas atividades de compra e venda de imóveis e incorporação imobiliária.
<i>Princípios da ordem econômica e social constitucional</i>	
Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte	Por possibilitar uma tributação favorecida para as empresas que possuam receitas inferiores a um determinado nível
Livre concorrência	Pela inclusão de empresas de menor porte no mercado imobiliário fomentando a competição e conseqüentemente a livre concorrência.
<i>Princípios de direito tributário</i>	
Praticabilidade da tributação	Atendida pela implementação da tributação simplificada do lucro presumido.
<i>Critérios informadores</i>	
Renda como acréscimo patrimonial	Verificado pela aplicação de percentuais adequados para a tributação presumida.
Regime de caixa	Ao prever a tributação somente a partir do efetivo recebimento dos valores das receitas

CAPÍTULO VIII - PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O NOVO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO

8.1. A afetação do patrimônio e um breve histórico do regime especial de tributação

A Lei nº 10.931/04 regulamentou o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias com o objetivo de fomentar o mercado imobiliário por meio da viabilização de um mecanismo legal que possibilite a maior proteção aos credores e a facilitação da obtenção de financiamento para empreendimentos imobiliários.³¹³

A modificação legal mencionada deu-se por meio da alteração da lei de incorporações imobiliárias com a inserção de um novo Capítulo, I-A, no Título II, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Assim, a segregação patrimonial objetivada pôde atingir os empreendimentos executados sob o amparo da citada lei, deixando à margem, no entanto, outros negócios imobiliários de características similares, como, por exemplo, o loteamento.

A afetação do patrimônio envolvendo o terreno, as acessões objeto da incorporação, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, nos termos do art. 31 A da Lei nº 4.591/62, é de caráter opcional, e caberá ao empreendedor imobiliário a decisão de segregar parte de seu patrimônio nos termos do que lhe faculta a lei. Tal fato será relevante na análise tributária que se fará mais adiante.

No que tange à criação do regime especial de tributação – RET, sua modificação foi determinante para o implemento da afetação patrimonial, como se verifica pela sua evolução legislativa.

³¹³ Vide item 5.8. Patrimônio de afetação.

Antes da edição da Lei nº 11.196/95, lei que se originou da MP nº 252/05, conhecida como MP do Bem, a totalidade da receita mensal da incorporação afetada optante pelo RET estava sujeita a uma alíquota única de 7%, que englobava os tributos federais que tinham por base a renda ou a receita do contribuinte. O referido pagamento correspondia ao imposto de renda (2,2%), à contribuição social sobre o lucro (1,15%), à contribuição para o PIS (0,65%) e a COFINS (3%), tanto para fins de repartição das receitas tributárias como para efeito de fundamentação da sua imposição.

A questão central envolvia a forma de apuração do RET, pois a Lei nº 10.931/04 previa que o pagamento de 7% sobre a receita da incorporação afetada representava, em um primeiro momento, uma mera antecipação dos tributos devidos pelo incorporador. Assim, obedecida a proporção de repartição para cada tributo mencionada acima, a incorporadora poderia deduzir do seu total de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS o valor do RET pago mensalmente, desde que observado o mesmo período de apuração.

Desta maneira, as receitas do RET eram consideradas receitas do incorporador, sujeitas à tributação na sistemática da incorporadora (lucro real ou presumido). Se o recolhimento calculado pela sistemática do RET fosse inferior à efetiva carga sobre essas receitas calculadas na sistemática tributária a que incorporador se encontrava sujeito, este deveria complementar os tributos ainda devidos.³¹⁴ O cálculo, conforme mencionado, dava-se para cada tributo individualmente, considerados os percentuais de repartição de receita para cada tributo constante de RET.

Por outro lado, se fosse verificada a situação oposta, ou seja, se o recolhimento pela sistemática do RET se mostrasse superior, ao final do exercício, em relação a cada um dos tributos devidos pelo incorporador, incluindo aqueles da incorporação afetada, não haveria qualquer direito à restituição, ressarcimento ou compensação do valor recolhido a maior.

Assumia o RET, na sistemática da Lei nº 10.931/04, um caráter de verdadeiro imposto mínimo, já que se o cálculo dos tributos devidos pela pessoa jurídica se mostrasse superior ao valor alcançado no RET este seria apenas um adiantamento em relação àqueles; no

³¹⁴ §§ 2º ao 4º da antiga redação da Lei nº 10.931/04 e artigo 4º e parágrafos da IN 474/04.

entanto, se a carga tributária total fosse inferior ao montante do regime especial, este seria considerado tributação definitiva.

Nessa sistemática, o RET era extremamente desvantajoso para o incorporador, pois mesmo frente a uma situação de prejuízo do empreendimento imobiliário afetado, o incorporador encontrava-se sujeito à tributação pelo imposto de renda e pela contribuição social sobre o lucro. Note-se que, no que tange ao PIS e COFINS, estes valores coincidiam com a sistemática cumulativa, não havendo diferença quanto ao valor do recolhimento em relação às mencionadas contribuições.

Nesse cenário em que o regime especial colocava o incorporador em situação de clara onerosidade fiscal em relação às demais opções de tributação disponíveis no ordenamento tributário, a adesão ao patrimônio de afetação foi mínima, não tendo a lei alcançado a proteção que pretendia atribuir aos adquirentes de imóveis e às instituições financeiras de crédito imobiliário.

Assim, o problema que o patrimônio de afetação se propôs a resolver acabou por ser agravado em virtude da má-formação do regime tributário a ele aplicável. A fim de corrigir esta distorção, o artigo 111 da Lei nº 11.196/05 alterou os parágrafos do artigo 4º da Lei nº 10.931/04, modificando a lógica da sistemática do RET.

Com essas alterações, o RET passou a ser uma sistemática de tributação exclusiva sobre a incorporação afetada. Nesta nova sistemática há, para fins tributários, uma efetiva segregação entre as receitas, custos e despesas da incorporação afetada e o restante das receitas, custos e despesas do incorporador.

Uma vez segregadas as referidas receitas, os custos e as despesas da incorporação afetada optante pelo RET, a totalidade das suas receitas mensais continua sujeita à alíquota de 7%, que representa o pagamento unificado do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.³¹⁵

³¹⁵ Considerando os mesmos percentuais de destinação de receita tributária apresentados supra, que, após a alteração operada pela Lei nº 11.196/05, passaram a ser utilizados para fins exclusivos de destinação de receitas públicas.

No entanto, diferentemente da sistemática anterior, o referido pagamento representa efetiva tributação definitiva da incorporação afetada, segregada da tributação do incorporador. Isto significa que as receitas, custos e despesas relativos à incorporação afetada optante pelo RET não serão levados à base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS do incorporador. Não há que se falar em complementação ou restituição para o incorporador em relação aos tributos pagos pela incorporação afetada, uma vez que cada um deles está submetido a diferentes sistemáticas de tributação, que consideram diferentes receitas, custos e despesas, estanques uns em relação aos outros.

A alteração na sistemática do RET o tornou viável para afetação das incorporações imobiliárias, pois sua tributação aproxima-se da carga imposta pelo lucro presumido, opção largamente utilizada pelo mercado imobiliário.^{316 317}

Vale ressaltar que, por expressa disposição do § 1º do artigo 4º da Lei nº 10.931/04, incluem-se na receita bruta da incorporação afetada, sobre a qual incide a alíquota de 7% do RET, as receitas financeiras e de variação monetária referentes às operações da incorporação. A expressa inclusão no RET daquelas receitas financeiras derivadas das vendas a prazo da incorporação coincide com o tratamento dispensado para a tributação presumida (vide item 7.1.2. Receitas financeiras das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento – reconhecimento das especificidades do setor – princípios presentes).³¹⁸

8.2. A questão da legalidade da segregação frente ao CTN

³¹⁶ Vide item 7.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – indução à sua opção.

³¹⁷ A alíquota efetiva do lucro presumido aplicável às receitas de incorporação imobiliária, considerando, para fins de simplificação do cálculo, o adicional do imposto de renda incidindo sobre a totalidade da base, seria de 6,73%

³¹⁸ Note-se que a consideração no RET das receitas financeiras decorrentes do autofinanciamento como receitas operacionais foi precursora em relação à mesma disposição atualmente em vigor para o lucro presumido. Enquanto que no RET a previsão veio em 2004 (Lei nº 10.931/04), somente em 2005 (Lei nº 11.196/05) a receita financeira foi considerada como operacional para efeito da tributação presumida.

As discussões envolvendo a segregação das incorporações imobiliárias por meio de uma legislação especial passaram pela questão da renúncia parcial do direito ao crédito fiscal do Estado frente aos incorporadores. Esta foi uma das razões que, em um primeiro momento, levaram o regime especial de tributação a ser formatado como um imposto mínimo, o que não representaria qualquer renúncia fiscal, pelo contrário, aumentaria o potencial de arrecadação tributária da União.

Em discussões posteriores, a fim de viabilizar a implementação de um sistema que, sob a óptica fiscal, não implicasse aumento da carga tributária do contribuinte comparativamente com as outras opções disponíveis para as empresas incorporadoras, foi proposta modificação do RET do patrimônio de afetação para que este fosse considerado como um encargo único calculado sobre a receita recebida, em moldes similares ao cálculo do lucro presumido.

Tanto na antiga como na nova sistemática, em caso de decretação de falência do incorporador, a continuação da obra fica vinculada ao pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas vinculadas ao patrimônio de afetação, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.931/04. A diferença reside no fato de que as obrigações tributárias na sistemática atual são limitadas ao patrimônio afetado, enquanto que anteriormente era necessária a quitação de todos os tributos devidos pelo incorporador decorrentes de todas as suas atividades e não somente daquela incorporação afetada.

O disposto no art. 9º é elogiável, pois não haveria sentido em manter os credores da incorporação como co-responsáveis pela totalidade dos tributos devidos pelo incorporador – e não somente por aqueles encargos vinculadas à incorporação imobiliária afetada – a continuação da obra nesta hipótese seria inviável.

Sob a óptica da União Federal, no entanto, a imposição de limite à cobrança do crédito tributário somente sobre os bens da incorporação afetada apresenta-se como uma renúncia parcial do poder impositivo a ela atribuído.

Deve-se confrontar o artigo 9º com a norma complementar do art. 186 do Código Tributário Nacional que prevê a preferência do crédito tributário frente aos créditos de outra natureza, excepcionados os de origem trabalhista. Há, nessa confrontação, um

desrespeito à hierarquia das leis, pois o art. 186 é formal e materialmente norma complementar e como tal somente poderia ser alterado por dispositivo de mesma natureza.

Recomendável, portanto, a edição de norma complementar específica para sanar essa ilegalidade.

8.3. Análise do RET

8.3.1. A questão do regime opcional

Conforme mencionado no item anterior a afetação patrimonial é opcional e cabe ao incorporador, a decisão de segregar ou não a incorporação das demais atividades e empreendimentos desenvolvidos pela empresa. Esse caráter opcional é criticado por Melhim Namem Chalhub, pois se a afetação destina-se à proteção da economia popular não deveria ficar a critério do incorporador impor limites ao seu patrimônio.³¹⁹ Pode-se argumentar, em sentido contrário, que o incorporador terá todo o interesse em afetar o empreendimento, pois a maior segurança na aquisição das unidades traria um diferencial a ser utilizado nas vendas dos imóveis em construção. Seja com for, o fato juridicamente inquestionável é que a lei permite ao incorporador decidir sobre a afetação ou não da incorporação imobiliária.

Esse caráter opcional foi também determinado para o regime especial de tributação. O art. 1º da Lei nº 10.931/04, ao instituir o RET, determinou que este fosse opcional e irretratável. Desta forma, o incorporador deverá efetuar duas opções caso pretenda ver a incorporação imobiliária tributada pelo regime especial: a primeira é afetar a incorporação imobiliária, a segunda sujeitar-se ao regime especial.

³¹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. op. cit., p. 90.

Verificam-se, assim, as seguintes possibilidades quanto ao regime legal das incorporações: (i) a incorporação não é afetada, seu resultado é tributado pelo lucro real ou presumido conjuntamente com as demais atividades da empresa; (ii) a incorporação é afetada, não há opção pelo RET, conseqüentemente seu resultado é tributado na forma do item (i) acima; (iii) a incorporação é afetada e há a opção pelo RET, sua tributação será de 7% do total da receita auferida com a venda das unidades imobiliárias.

A opção pelo regime especial pressupõe a afetação do patrimônio, nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.931/04, portanto, o RET não é aplicável a qualquer outra atividade ou empreendimento que não seja uma incorporação afetada.

A afetação patrimonial desacompanhada da sistemática do RET (item ii acima) não atinge os objetivos de proteção ao crédito popular, visto que a União manteria o direito de cobrança integral do crédito tributário, inclusive sobre os bens afetados, razão pela qual não há sentido econômico em se falar de afetação sem a opção pela tributação especial.³²⁰

Como acima analisado, o regime especial de tributação, na forma da sua atual imposição, é calculado como um encargo proporcional à receita percebida pelo incorporador decorrente do patrimônio afetado. Trata-se, assim, de uma tributação presumida, pois não há a possibilidade do contribuinte compensar ou restituir o valor pago, caso verifique resultado inferior ao que corresponderia ao RET, ou mesmo do fisco exigir a diferença se constatado que a tributação seria superior à calculada com base no lucro real.³²¹

Atualmente, a tributação presumida sempre será inferior ao RET, já que as suas bases de incidência são as mesmas; no entanto, o percentual total de 7% do regime especial é superior aos percentuais resultantes da aplicação da presunção com as alíquotas em vigor para as incorporações imobiliárias.³²²

Nesse sentido, sendo o RET equiparado em sua forma de cálculo com a tributação presumida, manteve a lei a mesma sistemática opcional ali aplicável, deixando sempre a possibilidade de o incorporador tributar seus resultados pelo lucro real, se assim entender

³²⁰ Vide nesse sentido item 8.2. A questão da legalidade da segregação frente ao CTN.

³²¹ Conforme §2º, do art. 4º, da Lei nº 10.931/04.

³²² Os percentuais mencionados são de 2% para o IR (8% x 10%) + (8% x 15%), 1,08% para a CSLL (12% x 9%), 3% para a COFINS e 0,65% para o PIS.

mais vantajoso. Pretendeu, assim, o legislador, garantir a legalidade do regime especial; por ser escolhido livremente pelo contribuinte não poderia ser por ele contestado.

8.3.2. Natureza jurídica do RET

Originalmente o RET era, dentro do exercício de sua apuração, uma antecipação tributária, composta por quatro tributos, nas seguintes proporções 2,2% de IR, 1,15% de CSLL, 0,65% de PIS e 3% de COFINS. Permitia-se que o pagamento a maior fosse compensado, por espécie, com o montante devido pela incorporadora no mesmo período de apuração, nos termos do revogado §2º do art. 4º da Lei nº 10.931/04. Caso o valor do RET fosse superior aos tributos calculados individualmente no exercício, o montante recolhido tornava-se definitivo, ou seja, um imposto mínimo.

A natureza do RET era, portanto, a mesma dos tributos que o compunham, razão pela qual era mandatória a observância das normas de cada um dos impostos e contribuições ali representados.

No que tange ao imposto de renda, por exemplo, não seria possível a imposição de uma tributação compulsória, e seu caráter opcional era exigido para atribuir-lhe a legalidade necessária à sua cobrança. O caráter opcional da tributação do RET justificava-se, assim, por possibilitar aos contribuintes calcular a imposição da renda pelo lucro real; caso fosse compulsória, afrontaria os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional.

Ocorre, entretanto, que a modificação efetuada pela Lei nº 11.196/05 alterou a sistemática do RET transformando um imposto mínimo em uma tributação baseada no faturamento; para tanto foi necessária a supressão da possibilidade de compensação do RET pago a maior com os tributos devidos pelo incorporador dentro do mesmo exercício, então prevista no §2º, do art. 4º, da Lei nº 10.931/04.

Este dispositivo legal era justamente o que possibilitava afirmar que o RET era composto de quatro tributos nas proporções previstas no art. 8º da Lei nº 10.931/04. Com a sua

revogação, a disposição que atribui os percentuais de cada tributo que compunha o RET foi suprimida (§2º do art. 4º). O art. 8º, por sua vez, que fazia remissão à norma revogada encontra-se assim redigido: “Para fins de repartição de receita tributária e do disposto no §2º do art. 4º, o percentual de sete por cento de que trata o caput do art. 4º será considerado:” (sublinhou-se)

Passou o art. 8º a disciplinar exclusivamente a repartição das receitas tributárias. O percentual de 7% ficou, por conta das modificações mencionadas, sem qualquer referência de percentual dos tributos que compõem o pagamento do regime especial. Ou seja, paga-se 7% e não se sabe quanto deste pagamento refere-se a cada um dos tributos que compõem o regime especial.

Esta questão parece não preocupar as autoridades fiscais que continuam considerando a mesma proporcionalidade anteriormente estabelecida em relação aos tributos que compõem o RET, conforme se depreende do art. 8º da Instrução Normativa SRF nº 689/06.³²³

As alterações efetuadas, elogiáveis quanto aos seus objetivos, mas duramente criticáveis em relação à falta de observância mínima da boa técnica legislativa, são um claro exemplo do que Klaus Tipke e Joaquim Lang denominaram de *caos no regime tributário*. Merece transcrição a opinião dos citados autores: “O Direito Tributário não é manejado como matéria de Direito, mas transformado em veículo de propostas político-partidárias e interesses de grupos, que na Democracia pluralística suplantam o Bem Comum. O incalculável número dos mais diferentes interesses sociais tornados válidos de modo partidário produz assim o chamado caos tributário (...)”³²⁴

A questão da definição da natureza jurídica do RET é relevante a fim de determinar qual o regime jurídico que fundamenta a cobrança da exação. Por exemplo, em caso de aumento do percentual de 7% para 8% deve-se observar a anterioridade do exercício, prevista para os impostos ou a nonagesimal, aplicável às contribuições sociais? Caso a alíquota da COFINS venha a ser modificada, esta alteração será aplicável automaticamente ao RET?

³²³ Dispõe o art. 8º que no caso de suspensão da exigibilidade do crédito tributário do imposto de renda ou de uma das três contribuições que compõem o RET, o pagamento dos valores que não se encontram suspensos deverá observar a proporcionalidade prevista para efeitos de repartição da renda tributária.

³²⁴ TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. op. cit., v. 1, p. 166.

O RET é composto por um imposto e três contribuições sociais e não há na lei de forma clara a proporção de cada uma das exações no total apurado. Poder-se-ia alegar que os percentuais de arrecadação serviriam para definir a proporção faltante, no entanto o art. 8º é literal em afirmar que para fins de *repartição da receita tributária* o percentual de 7% será considerado 3% para COFINS, 0,65% para o PIS, 2,2% para o IR e 1,15% para a CSLL. A destinação constitucional é matéria de direito financeiro e não se presta a definir o ordenamento jurídico aplicável a determinada exação.³²⁵

Considerar que o RET não possui a natureza jurídica dos tributos que o compõem implicaria, inexoravelmente, concluir pela sua total inconstitucionalidade, pois estar-se-ia diante de um tributo sem previsão constitucional específica.

A solução que parece mais adequada, o que não afasta a crítica à norma, é considerar que o RET sujeita-se tanto ao regime jurídico dos impostos como ao das contribuições, devendo ser aplicável aquele que, no caso concreto, resguarde melhor os direitos dos contribuintes.

8.3.3. Efeitos econômicos e comparação com os demais regimes tributários

A tributação da renda das incorporações imobiliárias, diferentemente de outras atividades desenvolvidas pelos contribuintes que atuam ou não no mercado imobiliário, pode ser realizada por um quarto regime de tributação. Enquanto as empresas podem calcular o imposto de renda pelo lucro real, presumido ou arbitrado, as incorporadoras, além destas três hipóteses, têm à disposição o regime especial de tributação.

³²⁵ Não há previsão constitucional para a instituição de tratamento diferenciado para as incorporadoras que se sujeitem ao patrimônio de afetação, diferentemente do que ocorre com o Simples objeto de expressa disposição constitucional para a sua instituição, nos termos inciso III, alínea d, do art. 146 da CF.

A tributação pelo RET assemelha-se, tanto no que tange à sua sistemática quanto ao encargo econômico, à tributação presumida. Há, no entanto, algumas diferenças que induzem os contribuintes a optar por uma ou outra forma de apuração, a seguir resumidas:

	Lucro presumido	RET
Quanto ao objeto	Aplicável a todo o mercado imobiliário	Limitado às incorporações imobiliárias
Quanto à receita	Limite de R\$ 48 milhões em relação ao ano anterior	Não há limite de receita para a opção
Carga fiscal (IR, CSL, PIS, COFINS)	6,73%	7%
Momento da opção	Anual (no primeiro pagamento do exercício)	Quando da opção pelo RET (a qualquer momento no curso da incorporação)
Alteração do regime de tributação	Facultada a cada exercício	Definitivo, a partir da opção

Como se pode verificar no quadro acima as diferenças, que em um primeiro momento podem parecer irrelevantes são, na verdade, decisivas para a escolha da tributação a que estará sujeita a incorporação imobiliária. Veja-se o exemplo de um contribuinte que desenvolva um empreendimento de grande porte com receitas superiores a R\$ 48 milhões anuais; esse incorporador não poderia sujeitar-se à tributação presumida e, no entanto, poderá a qualquer momento afetar seu patrimônio e optar pelo regime especial, tributando a receita auferida em percentuais próximos ao que seria o lucro presumido.

Sob o ponto de vista pragmático a lei criou um lucro presumido mais abrangente que possibilita a tributação de toda e qualquer incorporação, podendo nesse aspecto residir a crítica pela falta de sistematização da tributação sobre a renda, pois afrontaria a coerência do sistema da tributação presumida que não observasse as restrições à sua imposição; poder-se-ia alegar inclusive o desrespeito à equidade, na medida em que somente uma determinada atividade econômica teria a opção de imposição da sua renda por um percentual determinado, que frequentemente é inferior ao lucro líquido, ponto de partida para o cálculo do lucro real.

Na lição de Klaus Tipke, a escolha de um determinado valor que rege a tributação demanda a sua observação pelo legislador na confecção de novas normas que compõem o sistema, justamente sob pena de afrontar a coerência exigida pela unidade da ordem jurídica. No entanto, esses valores que fundamentam o sistema podem, excepcionalmente, ser ponderados e momentaneamente afastados desde que seja suficientemente justificada a razão dessa ponderação. É o que ocorre na tributação do patrimônio de afetação.³²⁶

Por detrás da tributação pelo regime especial está a proteção à economia popular e à poupança pública, razões diversas daquelas que justificam o lucro presumido,³²⁷ o que explica a necessidade de imposição de uma tributação que viabilize a afetação patrimonial.

Ressalte-se, como analisado anteriormente,³²⁸ que somente com a transformação do regime especial, de uma tributação com características de um imposto mínimo para uma que se assemelha ao lucro presumido, foi possível viabilizar a implementação pelo mercado imobiliário do patrimônio de afetação.

Há, portanto, uma racionalidade econômica na aparente sobreposição do RET em relação ao lucro presumido; enquanto este atende às pequenas e médias empresas e a todas as atividades do mercado imobiliário, que envolvem ou não a poupança pública, aquele viabiliza a proteção aos adquirentes das unidades imobiliárias e às instituições financeiras de crédito imobiliário.

8.4. Identificação das características e particularidades do regime especial de tributação e princípios destacados

O regime especial de tributação do patrimônio de afetação é o mecanismo fiscal que viabiliza a segregação das incorporações imobiliárias do patrimônio da empresa

³²⁶ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 520 e TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. op. cit., v. 1, p. 70.

³²⁷ Vide item Capítulo VII – Tributação do mercado imobiliário – pessoa jurídica – lucro presumido.

³²⁸ Vide item 8.1. A afetação do patrimônio e um breve histórico do regime especial de tributação.

incorporadora. Cria-se, assim, mais uma opção de tributação da renda para as empresas que promovam a referida atividade; esta nova sistemática apresenta-se coerente com as demais formas de imposição da renda anteriormente analisadas. A seguir, a síntese dos aspectos relevantes do RET e os princípios que lhe atribuem fundamentação:

(i) a Lei nº 10.931/04, que instituiu o patrimônio de afetação e previu o conseqüente regime especial para a sua tributação, objetiva atribuir maior proteção aos credores da incorporação imobiliária, em especial os adquirentes dos imóveis e os agentes financeiros que destinam recursos para o mercado imobiliário. Essa proteção adicional justifica-se pelo fato de as empresas incorporadoras trabalharem com poupança pública, seja na venda antecipada dos imóveis ainda em fase de construção, seja na captação de empréstimos originados de recursos das cadernetas de poupança;

(ii) critica-se o fato de uma visão parcial do mercado imobiliário pelo legislador, visto que não estendeu esta mesma proteção aos loteamentos que, da mesma forma que as incorporações imobiliárias, utilizam-se de recursos de terceiros para a sua implementação e seriam merecedores da mesma proteção;

(iii) para a viabilização da segregação patrimonial objetivada foi necessária a instituição de um regime especial tributário. Até a edição da Lei nº 11.196/95, o regime especial previsto não atendeu aos objetivos maiores da afetação, pois atribuía aos adquirentes a co-responsabilidade no pagamento do total dos tributos devidos pelo incorporador em caso de decretação da sua falência, além de acrescer o custo tributário para os contribuintes optantes do referido regime especial;

(iv) o regime anterior, baseado em uma cobrança de 7% sobre a receita recebida advinda da incorporação imobiliária afetada apresentava-se, em um primeiro momento, como um adiantamento do IR, CSLL, PIS e COFINS dentro do exercício financeiro de sua apuração para, ao final, transformar-se em um imposto mínimo a ser pago pela empresa nas incorporações imobiliárias afetadas;

(v) a modificação prevista na Lei nº 11.196/95 manteve o RET calculado a 7% sobre a receita, no entanto, previu que sua imposição seria definitiva, não havendo mais a

possibilidade de cobrança de eventual tributação adicional apurada por meio das sistemáticas do lucro real ou lucro presumido;

(vi) a alteração proposta atingiu o caráter privilegiado do crédito fiscal, na medida em que em caso de falência do incorporador somente os bens e direitos do patrimônio afetado é que responderiam pelos tributos eventualmente não pagos e não mais a totalidade do patrimônio do incorporador. Há, assim, infração em tese ao art. 186 do Código Tributário Nacional;

(vii) o regime especial tributário é opcional, cabendo ao incorporador a decisão de afetar parte do seu patrimônio e de optar pela tributação aplicável. Apesar do caráter opcional, a afetação desacompanhada da opção pelo RET não atinge os objetivos de proteção ao crédito de terceiros, pois somente com a tributação especial é afastada a corresponsabilidade dos credores pelo total dos tributos devidos pelo incorporador em caso de falência;

(viii) com a alteração efetivada no ano de 2005, pela Lei nº 11.196/05, revogou-se, de maneira equivocada, a disposição (§2º, do art. 4º, da Lei nº 10.931/04) que definia a proporção de cada tributo no valor recolhido a título do RET, passando a ser um recolhimento relativo a quatro tributos, sem, no entanto, a definição de quanto cada um deles representa do total apurado;

(ix) há assim uma dificuldade na definição da natureza jurídica do RET; por um lado é composto por um imposto e três contribuições sociais, por outro não há uma norma que determine a proporção dos seus componentes. Levando-se ao extremo poder-se-ia argüir a falta de previsão constitucional para a sua imposição; no entanto, a interpretação que parece mais adequada é aquela que remete sua fundamentação às normas jurídicas que melhor atendem aos direitos dos contribuintes;

(x) o RET assemelha-se economicamente ao lucro presumido, mas difere quanto ao fundamento, o que justifica uma imposição com regras distintas daquelas aplicáveis à tributação presumida. Enquanto a tributação presumida implementa a base de cálculo prevista no art. 44 do CTN, atende à praticabilidade da tributação e ao tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, o regime especial serve à viabilização da

segregação patrimonial e conseqüentemente aos seus objetivos de proteção à poupança pública;

Quanto à integração do regime especial no sistema tributário imobiliário e os fundamentos e princípios que a suportam, pode-se considerar:

a) o regime especial tributário do patrimônio de afetação fundamenta-se no objetivo do Estado de atribuir maior proteção à poupança pública vinculada à atividade de incorporação imobiliária; há, como destacado na lição de Klaus Tipke, *justificativa suficiente* para afastar a aplicação da igualdade ao estabelecer um regime diferenciado para contribuintes que estariam em situação similar;

b) atende ao princípio da capacidade contributiva por estabelecer percentual sobre a receita adequada à realidade do mercado, em especial no que tange à renda presumida das empresas incorporadoras;

c) observa a necessidade de instituição de mecanismos de proteção ao consumidor (art. 170, inciso V da CF), quando prevê um regime tributário diferenciado para as incorporações imobiliárias que optem pela afetação patrimonial, na medida em que possibilita ao promitente comprador – consumidor a continuidade do empreendimento, em caso de falência do incorporador, com limitação da responsabilidade fiscal à incorporação afetada;

d) atende à praticabilidade da tributação em função da simplicidade da sua apuração;

e) observa a realização da receita, ao tributar somente os valores efetivamente recebidos pelo contribuinte;

f) é coerente com as demais normas do sistema, pois institui, nos moldes da sistemática atual, uma imposição similar ao lucro presumido, diferentemente da forma pela qual era imposta antes de 2005. Verifica-se, assim, a preservação da unidade das normas que compõem o sistema analisado.

Abaixo, apresenta-se quadro sinóptico que possibilita a visualização dos princípios e critérios informadores acima mencionados:

<i>Princípios constitucionais</i>	
Capacidade contributiva	Verificada na adequação dos percentuais do RET que refletem a rentabilidade das atividades de compra e venda de imóveis e incorporação imobiliária.
<i>Princípios da ordem econômica e social constitucional</i>	
Defesa do consumidor	O RET possibilita a proteção ao consumidor na medida em que instituiu um tratamento tributário diferenciado que viabiliza a proteção à aquisição dos imóveis comercializados sob o regime de incorporação imobiliária.
<i>Princípios de direito tributário</i>	
Praticabilidade da tributação	Atendida pela implementação da tributação simplificada similar ao lucro presumido
<i>Critérios informadores</i>	
Regime de caixa	Ao prever a tributação somente a partir do efetivo recebimento dos valores das vendas
Realização da renda	Na mesma hipótese acima mencionada

CAPÍTULO IX - A TRIBUTAÇÃO DA ATIVIDADE IMOBILIÁRIA NAS PESSOAS FÍSICAS

9.1. A tributação do ganho de capital na venda de imóveis

No presente capítulo pretende-se discutir a tributação dos ganhos de capital das pessoas físicas decorrentes da alienação de bens imóveis. Deixa-se, assim, de analisar os lucros obtidos pelas pessoas jurídicas nessas operações pelas razões abaixo expostas.

A tributação do lucro imobiliário das pessoas jurídicas foi objeto de extensa regulamentação no passado, sujeitando o ganho de capital às mais variadas situações, como, por exemplo, a exclusão do lucro do exercício do resultado apurado, para as empresas em geral e, para aquelas que se dedicavam à atividade imobiliária, a imposição de tratamento especial por meio do lucro da exploração.

Atualmente o resultado apurado na venda de imóveis, operacional ou não, deve ser levado à conta de resultado compondo o lucro líquido do período, sem qualquer diferenciação de tratamento em relação às demais espécies de renda. Note-se que o tratamento equalitário do lucro imobiliário auferido pelas pessoas jurídicas atende aos princípios da universalidade, generalidade e progressividade, previstos no § 2º, inciso I do art. 153 da Constituição Federal.

Por essa razão não há que se falar em lucro imobiliário das pessoas jurídicas, mas sim renda operacional ou não-operacional, que são tratadas no presente estudo nos seguintes capítulos: CAPÍTULO VI – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO REAL, CAPÍTULO VII – TRIBUTAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO – PESSOA JURÍDICA – LUCRO PRESUMIDO e CAPÍTULO VIII - PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O NOVO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO.

9.1.1. Natureza da tributação do ganho de capital

Os ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas são tributados pelo imposto de renda por representarem um acréscimo ao patrimônio do contribuinte, nos termos do estabelecido no art. 43 do CTN (vide item 4.5.1. O ganho de capital como renda).

A tributação prevista incidirá sobre o resultado positivo calculado pelo valor de venda subtraído do custo de aquisição do bem; será ainda calculada em separado, ou seja, não integrará a base de cálculo do imposto de renda na declaração de rendimentos do contribuinte.³²⁹

Os ganhos de capital caracterizam-se por sua eventualidade, e não são, diferentemente, da renda proveniente do trabalho ou do capital, reproduzíveis periodicamente, visto que para sua apuração é necessária a alienação do bem que origina a mais-valia.

Apresentam-se, ainda, como uma renda obtida sem esforço por parte do contribuinte. Rubens Gomes de Sousa ressalta que este caráter gratuito do ganho justifica a sua tributação pelos mesmos fundamentos que inspiram os impostos chamados de super-renda, chegando a afirmar que se trata na verdade de um imposto especial, como se verifica nesta passagem: “Ao tributar na pessoa física as mais-valias imobiliárias, instituiu entretanto um tributo especial que se caracteriza por dois aspectos: o primeiro, o de ser proporcionalmente menor quanto maior tenha sido a permanência do imóvel no patrimônio do contribuinte; segundo, o de constituir um substitutivo ao mesmo tempo do impôsto cedular e do impôsto complementar progressivo.”³³⁰

Da mesma maneira que o imposto era cobrado na época em que o comentário foi efetuado (pelo Decreto-lei nº 5.844/43 e Decreto nº 24.239/47), a tributação do ganho de capital imobiliário também se diferencia das demais imposições de natureza semelhante, seja em

³²⁹ Conforme arts. 117, *caput* e 117, § 2º do RIR/99.

³³⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*, cit., p. 117 e 140.

relação à pessoa física, seja em relação a ganhos de capital originados da venda de outros bens que não imóveis.

Como a seguir será analisado, a legislação vigente prevê uma série de dispositivos que atenuam ou isentam a tributação do lucro imobiliário, o que não ocorre nas demais espécies de ganhos de capital. Da mesma forma, a imposição sobre o lucro imobiliário das pessoas jurídicas é mais onerosa, se comparada com a prevista para as pessoas físicas (vide item 9.1.3. Hipóteses de tratamento especial do lucro imobiliário).

Dentre os princípios que regem a tributação da renda encontram-se os da generalidade e universalidade. A generalidade demanda que as diferentes espécies de renda tenham o mesmo tratamento fiscal, enquanto que a universalidade prescreve que o imposto de renda tribute a renda auferida pelo contribuinte de forma conjunta, sem fracioná-la.

A tributação dos ganhos de capital não atende os referidos ditames. A sua imposição em separado impede a possibilidade de restituição do valor pago se comprovada a ausência de acréscimo patrimonial do contribuinte. Veja-se a hipótese em que um indivíduo aliena seu imóvel para fazer frente às despesas médicas (passíveis de serem abatidas na apuração anual do imposto de renda). Sua única renda decorreu do ganho de capital auferido e será impedido de pleitear a restituição em função da sistemática de tributação em separado adotada pelo art. 117, § 2º do RIR/99. Não há, no exemplo, aumento patrimonial e, portanto, ausente o fato gerador do imposto de renda.

Pode-se alegar, em sentido contrário, para sustentar a tributação do ganho de capital em separado, que o inciso I, do §2º do art. 153 da Constituição Federal delegou à lei (*na forma da lei*) a observância nos casos concretos da generalidade, universalidade e progressividade. Assim, somente quando possível, a lei deverá observar os referidos princípios.

Não parece ser a solução mais adequada. Os princípios referidos no art. 153 são cogentes quando a renda ou proventos possibilitarem a sua aplicação; trata-se de diretrizes que visam concretizar o tratamento equalitário em relação às várias espécies de renda, razão pela qual não devem ser ignorados pelo legislador tributário.

Seja como for, a questão acaba por ser minimizada na prática por duas razões: a primeira, em função da menor alíquota prevista para os ganhos de capital; enquanto estes sofrem a tributação de 15% do lucro, as rendas provenientes do trabalho são tributadas em até 27,5% pela tabela progressiva; a segunda deve-se aos poucos abatimentos permitidos pela legislação do imposto de renda das pessoas físicas (saúde, educação e dependentes), o que acarreta a freqüente apuração de acréscimo patrimonial ilusório, se considerados os demais gastos necessários à percepção da renda, como prevêem o conceito fundamental de renda e a teoria da renda como acréscimo patrimonial (vide itens 3.1.4. O conceito fundamental de renda e 3.1.8. Teoria do acréscimo patrimonial).

Note-se, por fim, que os ganhos de capital auferidos pelas pessoas jurídicas são considerados rendas ordinárias (mesmo aqueles oriundos da venda de ativo imobilizado), integrando, assim, a apuração do lucro líquido do exercício, o que reforça o argumento de que a imposição da mais-valia das pessoas físicas possui natureza diversa.

A tributação do lucro imobiliário das pessoas físicas tem características que poderiam levar à instituição de um imposto especial. Possui fundamentos e sistemática de apuração que se diferenciam das imposições das demais espécies de renda, razão pela qual seu estudo requer maior cuidado e para muitos justificaria um imposto próprio que melhor atendesse às especificidades da imposição das mais-valias.

9.1.2. Momento da tributação e base de cálculo

9.1.2.1. Momento do fato gerador e momento do pagamento do imposto

Os ganhos de capital são tributados quando da alienação do bem, considerando-se alienação a compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento,

doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.³³¹

O momento da tributação do ganho corresponde ao momento da ocorrência de uma das hipóteses acima. Discute-se se a legislação poderia atribuir a imposição do ganho antes da sua realização,³³² mas optou-se pelo momento em que a renda é realizada, em atenção tanto à praticabilidade da tributação, já que é na alienação que se verifica o efetivo ganho, como à realização da renda.

Verifica-se aqui o que em tese foi discutido nos itens 2.4. *Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância* e 3.2.3. Princípios gerais, princípios aplicáveis ao direito tributário e critérios informadores do sistema, quando se afirmou que o legislador possui diversas opções, legítimas dentro do ordenamento, para regular uma determinada situação, mas ao escolher uma delas deve segui-la na regulamentação da matéria tratada. É exatamente o que ocorre com o momento da tributação do ganho de capital; poderia a legislação estabelecer que a tributação ocorresse em momento anterior à realização da renda, mas não o fez; assim deve todo o regramento obedecer ao critério informador escolhido.

Verifica-se, ainda, que a escolha efetuada de um determinado critério informador do sistema concretiza um determinado princípio constitucional, como ocorre com a realização da renda que atende a capacidade contributiva prevista na Constituição Federal.

Ocorre, portanto, o fato gerador quando da alienação do bem, ou seja, quando o contribuinte adquire direito ao recebimento do valor correspondente à venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins, ou seja, no momento em que o negócio é pactuado, quando se exterioriza o acréscimo patrimonial decorrente da mais-valia do bem.

O momento da contratação da alienação também atende ao requisito da disponibilidade econômica ou jurídica da renda (vide item 3.2.2. A disponibilidade econômica ou jurídica

³³¹ Conforme art. 117, § 4º do RIR/99.

³³² Vide item 4.5.2. Apuração do ganho de capital – questões controversas.

de renda); no entanto o contribuinte pode ainda não ter efetivamente recebido os recursos relativos ao negócio pactuado. O pagamento nem sempre é à vista. No mercado imobiliário onde o valor das transações é normalmente elevado, o parcelamento do preço é freqüentemente utilizado como forma de viabilizar a transação pretendida pelas partes. Se o imposto fosse exigível no momento da alienação, o contribuinte teria dificuldade na obtenção de recursos financeiros para fazer frente ao pagamento da obrigação fiscal.

Atento a esta realidade, o legislador previu que a apuração do imposto (fato gerador da obrigação) deve ser efetuada no momento da alienação; entretanto, o pagamento ocorrerá somente quando do efetivo recebimento da parcela do preço, é o que se extrai dos dispositivos dos arts. 140 e 141 do RIR/99 e do art. 31 da Instrução Normativa nº 84/01.

Note-se que em caso de inadimplência por parte do comprador, o imposto de renda não seria exigível apesar de devido, já que mesmo ocorrido o fato gerador quando da alienação do bem, o pagamento do imposto ficaria diferido para quando do recebimento da parcela inadimplida.

O tratamento dispensado ao contribuinte pessoa física se assemelha ao regime de caixa das empresas tributadas pelo lucro presumido (vide item 7.1.1. A tributação presumida nas atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis na pessoa jurídica – princípios e compatibilidade), constituindo-se em medida que busca a justiça fiscal, pois atende ao princípio da realização da renda e, indo mais além, possibilita o pagamento do imposto quando da efetiva disponibilidade financeira dos recursos.

9.1.2.2. Hipóteses equiparadas à alienação para efeito da apuração do ganho de capital

As hipóteses previstas pela legislação que dão ensejo à apuração do ganho de capital merecem alguns comentários.

No que tange à permuta, sua previsão como hipótese em que deve ser apurado o ganho de capital não se aplica ao lucro imobiliário, já que há disposição expressa nesse sentido. Assim encontra-se redigido o art. 121, inciso II:

“Art. 121. Na determinação dos ganhos de capital, serão excluídas:

II – a permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcela complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias.”

Mais uma vez o legislador bem observou a realidade do mercado imobiliário, determinando o diferimento da tributação para o momento em que o ganho for efetivamente monetarizado. São comuns no mercado imobiliário as operações de permuta, nas quais um permutante entrega imóvel em troca de outro bem, como por exemplo, na permuta de terreno com unidades imobiliárias a construir. Nessa hipótese o proprietário do terreno recebe proposta da empresa de incorporações imobiliárias para alienar determinado bem, recebendo em troca unidades imobiliárias a serem erigidas no próprio terreno de então propriedade do primeiro permutante.

Sob o aspecto econômico não há monetarização na alienação do bem dado em permuta, razão pela qual a legislação optou por diferir a imposição fiscal, em atenção ao princípio da realização da renda e o regime de caixa.

O artigo 121, inciso II, acima transcrito, merece crítica quanto à limitação do tratamento dispensado somente às permutas objeto de escritura pública. A disposição foge à coerência do sistema, pois o ganho de capital ocorre na transferência de direitos e não somente na transferência da propriedade (que ocorre com o registro da escritura pública). Verifica-se, desta forma, tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente (permutantes de bens imóveis), na medida em que os contribuintes que efetuam a permuta por meio de compromisso particular devem apurar o ganho de capital, enquanto que os outros que o fazem mediante escritura pública têm a prerrogativa de diferimento da tributação.

Quanto à permuta acompanhada de torna, prevê o art. 123, § 3º do RIR/99, que o valor do ganho de capital será calculado sobre o valor da torna recebida ou a receber, adequando a

tributação nesta situação tanto à norma acima, que prevê o diferimento da operação de permuta, como à que tributa o valor do ganho de capital recebido.

A previsão de que o ganho de capital incide quando da promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos ou, ainda, em contratos afins encontra-se adequada às demais normas do sistema, em especial em relação à transferência de direitos, eleita como fato gerador do ganho de capital, mesmo que não haja transferência da propriedade. Note-se a falta de coerência legislativa entre essa previsão e o art. 121, inciso II, acima comentado.

9.1.2.3. Base de cálculo do ganho de capital – abatimentos

A base de cálculo do ganho de capital é a diferença positiva entre o valor da alienação e o custo de aquisição do imóvel (art. 138 do RIR/99). Considera-se valor de alienação o preço efetivo da operação, reduzido do montante pago a título de corretagem assumida pelo vendedor.

A redução da corretagem paga pelo comprador do valor da alienação atende à teoria do acréscimo patrimonial, na medida em que é requisito para que haja acréscimo o abatimento de todos os valores necessários à geração do ganho percebido.³³³ Com base no mesmo fundamento, há alguns outros valores, que, não expressos pela legislação, deveriam ser abatidos do montante da alienação, tais como as despesas de publicidade (anúncios de jornais e classificados) e o custo com registro de contratos e emolumentos desde que assumidos pelo vendedor.

No que tange aos juros recebidos nas vendas a prazo, a legislação demanda reparos. Como anteriormente discutido,³³⁴ os valores de juros e correção monetária nas vendas parceladas têm natureza de preço e não de receita financeira.

³³³ Vide item 3.1.8. Teoria do acréscimo patrimonial.

³³⁴ Vide item 7.1.2. Receitas financeiras das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento – reconhecimento das especificidades do setor – princípios presentes.

Se considerados receitas financeiras, como prevê a norma do §6º do art. 123, os valores deverão ser tributados segundo a legislação aplicável a alíquotas de 15% a 22,5%, dependendo do prazo de financiamento, sem que seja possível efetuar qualquer redução a título do valor de custo de aquisição. Por outro lado, se os montantes recebidos forem tratados como preço da alienação, a sistemática aplicável é sensivelmente menos onerosa para o contribuinte, pois a renda sujeitar-se-ia a uma alíquota máxima de 15%, podendo a base de cálculo ser reduzida pelo custo de aquisição do bem vendido e ainda sujeita à aplicação dos benefícios tributários específicos dos lucros imobiliários, que serão objeto de análise nos itens seguintes.

Veja-se o exemplo em que um contribuinte efetua venda a prazo, pactuando juros e correção monetária sobre as parcelas vincendas, de um imóvel por valor inferior ao seu custo de aquisição; mesmo com o recebimento dos acréscimos *financeiros* o valor total recebido é ainda inferior ao custo de aquisição. Aplicando-se a norma vigente, o alienante, mesmo sem apurar ganho de capital, deveria recolher o imposto de renda incidente sobre a receita financeira percebida.

No exemplo acima fica evidenciado que não há acréscimo patrimonial e, portanto, inexistente o fato gerador do imposto de renda; também não há renda do capital, já que não há capital investido, pois o bem imóvel que originou os juros foi alienado; tampouco à luz da teoria da fonte há que se falar no nascimento da obrigação tributária.

Como anteriormente destacado,³³⁵ os juros cobrados nas vendas a prazo têm natureza econômica de preço do bem imóvel e não de receita financeira.

A cobrança de encargos decorre da dificuldade de se obter financiamento no mercado, o que leva os contribuintes a autofinanciar o comprador, com vista a viabilizar a venda do imóvel. Por esta razão o legislador reconheceu que as empresas tributadas pelo lucro presumido devem tratar as receitas de juros e correção monetária advindas do financiamento dos imóveis vendidos a prazo como operacionais, e não como receitas financeiras.

³³⁵ Vide item 7.1.2. Receitas financeiras das atividades de compra e venda, incorporação e loteamento – reconhecimento das especificidades do setor – princípios presentes.

O disposto no art. 123, §6º do RIR/99 conflita com a coerência e unidade do sistema, visto que concede tratamento diverso às normas recém-alteradas, não atende ao conceito de renda previsto no art. 43 do CTN e não atende ao princípio da igualdade, ao conceder tratamento diverso em situações similares.

9.1.3. Hipóteses de tratamento especial do lucro imobiliário

9.1.3.1. Breve histórico

A tributação do ganho de capital é um fenômeno recente se comparado com as imposições das demais espécies de renda. Somente em 1946, por meio do Decreto-lei nº 9.330/46, instituiu-se um imposto especial sobre os lucros imobiliários obtidos pelas pessoas físicas, com a finalidade de dispensar tratamento equitativo à tributação dos ganhos de capital das pessoas jurídicas e das pessoas físicas.

A legislação vigente à época previa uma alíquota nominal de 8%, que poderia ser reduzida em função do tempo de permanência do imóvel no patrimônio do contribuinte, variando, desta forma, entre 5,6%, no mínimo e 7,2%, no máximo. Note-se que o Decreto-lei nº 9.330/46 trouxe disposições diversas em relação à tributação do ganho de capital das pessoas jurídicas, não atingindo seu objetivo último de sanar a iniquidade do tratamento diverso, conforme relata Rubens Gomes de Sousa.³³⁶

O Decreto-lei nº 9.330/46, depois de sofrer alterações, foi revogado em 1966 pelo Decreto-lei nº 94/66, sem instituir, no entanto, qualquer outra forma de tributação sobre os lucros imobiliários. Desta forma, a partir de 1º de janeiro de 1967 o ganho de capital decorrente da alienação de imóveis passou a ser não tributável.³³⁷

³³⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*, cit., p. 139.

³³⁷ Conforme CABRAL, Antonio da Silva. *Tributação das operações imobiliárias: equiparação da pessoa física à pessoa jurídica na legislação do imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978. p. 15.

A não tributação dos lucros imobiliários, como mencionado por Modesto Carvalhosa, deveu-se a questões de ordem sócio-econômicas, já que a Constituição vigente e o Código Tributário possibilitam a imposição fiscal dos ganhos de capital, podendo, desta forma, ser a qualquer momento reiniciada a cobrança do imposto de renda.³³⁸

Em 1978, já com o retorno da imposição sobre o ganho de capital, os Decretos-lei nº 1.641/78 e 1.790/80 reduziram o montante tributável pela aplicação do percentual de 10% e 5%, para cada ano em que o imóvel fosse mantido sob a propriedade do contribuinte. A redução vigente foi posteriormente revogada em 1988, pelo art. 18 da Lei nº 7.713/88 que, mantendo o benefício para o período anterior à data de sua vigência, passou a tributar integralmente os lucros imobiliários em relação aos imóveis adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1989.

O art. 18 da Lei nº 7.713/88 continua em vigor, razão pela qual será objeto de comentários mais detalhados a seguir.

9.1.3.2. Venda de um único imóvel

O ganho de capital decorrente da alienação do único imóvel que o titular possua é isento da tributação do imposto de renda, desde que observadas duas condicionantes: o valor da alienação não seja superior a R\$ 440.000 e não tenha sido realizada qualquer outra alienação pelo contribuinte nos últimos cinco anos, como prescreve o art. 122, inciso II do RIR/99.

A isenção pode encontrar fundamento no preceito constitucional do art. 6º que incluiu a moradia entre os direitos sociais básicos do cidadão. Uadi Lammêgo Bulos, ao comentar o referido artigo relembra: “Todavia, o acréscimo procurou levar em conta uma realidade social: poucos brasileiros têm casa própria. Mas não basta alcançar a matéria em nível constitucional, se providências concretas não forem tomadas para que ela saia do papel. O

³³⁸ CARVALHOSA, Modesto. Imposto de renda: conceituação no sistema tributário da Carta Constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 188-196, 1967.

importante é cumprir a *promessa*.”³³⁹ A norma do art. 122 vem atender a concretização deste direito social.

Ressalte-se que a norma acima mencionada não atribui qualquer distinção de tratamento em relação ao bem detido, referindo-se, expressamente, ao “(...) único imóvel que o titular possua (...)”. Desta forma, a isenção aplica-se ao ganho de capital decorrente de alienação de qualquer espécie de bem imóvel, seja residencial, destinado ao lazer, comercial ou terreno, localizados nas áreas urbanas ou rurais.

Outro aspecto que merece destaque é o efeito econômico da isenção. O ganho de capital não-tributado pode variar de R\$ 1 a R\$ 439.999, pois o tratamento privilegiado tem como fator de inclusão na regra de isenção o valor da alienação e não o montante do ganho. Assim, uma alienação que gere um ganho de R\$ 439.999 pode ser isenta do imposto, enquanto outra que, obedecendo à mesma condição de único imóvel, gere um ganho inferior pode sujeitar-se ao imposto de renda, se o valor do negócio for superior ao limite de R\$ 440.000.

O exemplo acima demonstra a inadequação da escolha do critério de inclusão das operações na regra de isenção; se a lei pretende isentar o ganho de capital, o ganho deveria ser utilizado como fator de distinção entre as operações isentas e as tributáveis e não o valor da alienação.

Compreende-se que a escolha pelo critério do valor do negócio poderia justificar-se por razões de praticabilidade da imposição fiscal, já que são normalmente contribuintes de menor renda que se encontram sujeitos a esta regra e justamente estes contribuintes têm dificuldades em manter o histórico do custo de aquisição do imóvel a ser vendido, custo este essencial para a apuração do lucro imobiliário.

Parece, no entanto, que mesmo frente à ponderação acima, apresenta-se como mais coerente em relação às regras do sistema a outorga de isenção vinculada ao valor do ganho.

³³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425.

9.1.3.3. Redução do ganho de capital de 5% ao ano

O art. 139 do RIR/99 prevê a redução do ganho de capital para os imóveis adquiridos entre 1968 a 1988 a um percentual de 5% ao ano. Assim dispõe o citado artigo:

“Art. 139. Na alienação de imóvel adquirido até 31 de dezembro de 1988, poderá ser aplicado um percentual fixo de redução sobre o ganho de capital apurado, segundo o ano de aquisição do bem ou incorporação do bem, de acordo com a seguinte tabela.”³⁴⁰

Ano de Aquisição ou Incorporação	Percentual de Redução	Ano de Aquisição ou Incorporação	Percentual de Redução
1969	100%	1979	50%
1970	95%	1980	45%
1971	90%	1981	40%
1972	85%	1982	35%
1973	80%	1983	30%
1974	75%	1984	25%
1975	70%	1985	20%
1976	65%	1986	15%
1977	60%	1987	10%
1978	55%	1988	5%

A previsão de um fator redutor do lucro imobiliário vinculado ao tempo de permanência do imóvel no patrimônio do indivíduo não era desconhecido pela legislação. O Decreto-lei nº 9.330/46, alterado pela Lei nº 154/47 determinava a redução da alíquota básica de 8% da seguinte forma: para imóveis adquiridos 2 anos antes da alienação – 7,20%, entre 2 a 5 anos – 6,80%, entre 5 e 10 anos – 6,00% e acima de 10 anos – 5,60%.

Antonio da Silva Cabral explica que as deduções então estabelecidas eram motivadas pela galopante inflação da década de 50 e 60, o que minimizava a tributação da mais-valia

³⁴⁰ Art. 139º, Decreto n. 3.000, 26 de março de 1999.

nominal, “(...) pois a inflação tornava ilusório esse lucro em muitos casos”.³⁴¹ Lembra, ainda, que, posteriormente, o art. 4º, da Lei nº 4.357/64 passou a permitir a correção monetária do custo do imóvel.

Da mesma forma, o valor dos imóveis adquiridos entre 1968 e 1988 pode ser corrigido monetariamente, o que impede a geração de lucro decorrente da desvalorização da moeda; deve-se então perquirir qual a razão da instituição da isenção do art. 139.

Henry Tilbery esclarece que o art. 18 da Lei nº 7.713/88 (refletido no art. 139 do RIR/99) veio para abolir a redução do ganho de capital em relação aos imóveis adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1989 mantendo, no entanto, o direito à dedução para os imóveis adquiridos anteriormente. Quanto a este benefício (redução de 5% ao ano), o autor comenta sua fundamentação: “Essa redução não tem qualquer conotação de depreciação, mas dentro de uma sistemática que levava na tributação de ganhos de capital, em consideração, o período entre a aquisição e alienação, tratando os ganhos do capital obtidos a longo prazo de forma diferente dos auferidos a curto prazo, a *RATIO LEGIS* foi a de aliviar a carga tributária em ordem decrescente conforme os anos de posse, presumindo menor intensidade de eventual intenção especulativa, como observei na época.”³⁴²

A tributação do lucro imobiliário pode ser fator desestimulante para o investimento em imóveis. O proprietário, ciente da tributação, tenderá a procrastinar a venda do bem como uma forma lícita de evitar ou diferir a tributação, deixando, assim, de adquirir novo imóvel com os recursos que seriam obtidos com a venda do antigo bem.³⁴³ A redução progressiva do ganho em relação ao tempo de permanência do imóvel é anulada chegando a inverter esse efeito, na medida em que o bem torna-se menos tributável com o passar do tempo, incentivando o proprietário à troca de seus bens mais antigos.

A aplicação da isenção, a exemplo do seu fundamento, merece alguns comentários.

Não há qualquer restrição em relação à quantidade de bens que o contribuinte deve possuir para fazer jus à isenção (ao contrário do que ocorre com a norma do art. 122, inciso II

³⁴¹ CABRAL, Antonio da Silva. op. cit., p. 14.

³⁴² TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda no Brasil: comentários à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989. p. 73.

³⁴³ Conforme CABRAL, Antonio da Silva. op. cit., p. 8.

acima comentada), bem como não há restrição em relação à espécie de bens imóveis, abrangendo tanto os imóveis rurais como urbanos, residenciais ou comerciais.

9.1.3.4. Isenção do ganho de capital vinculado ao reinvestimento em imóveis residenciais

Mais recentemente, a Lei nº 11.196/05, originada da Medida Provisória 252/05, conhecida como a MP do Bem, trouxe mais uma isenção na apuração do ganho de capital na venda de imóveis. Importante a transcrição do art. 39:

“Art. 39. Fica isento do imposto de renda o ganho auferido por pessoa física residente no País na venda de imóveis residenciais, desde que o alienante, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da celebração do contrato, aplique o produto da venda na aquisição de imóveis residenciais localizados no País.

(...)

§ 5º O contribuinte somente poderá usufruir do benefício de que trata este artigo 1 (uma) vez a cada 5 (cinco) anos.”

O sistema escolhido, conhecido como *roll-over*, resume-se na isenção do ganho de capital do contribuinte que reaplicar os recursos obtidos na venda de um imóvel em um outro bem de mesma natureza. A isenção concedida de forma condicionada visa estimular o crescimento do mercado imobiliário, ao destinar o imposto que seria devido sobre a mais-valia para o contribuinte adquirir um novo bem.³⁴⁴

A isenção prevista tem forte caráter indutor, pois incentiva a aquisição de novos imóveis residenciais com o fruto da venda dos bens de mesma natureza, acrescido do valor do imposto que seria originalmente devido. O Estado abre mão da arrecadação tributária destinando o recurso do imposto para benefício do próprio contribuinte, desde que ele fomente o mercado de imóveis residenciais por meio da aquisição de novo bem.

³⁴⁴ Conforme Id. Ibid., p. 8-9.

Veja-se, nesse sentido, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 252/05, precursora das disposições da Lei nº 11.196/05: “27. As propostas de que tratam os itens 24 a 26 têm o objetivo de reduzir os custos tributários, de modo a dinamizar o mercado imobiliário, e estimular o financiamento de imóveis e a construção de novas unidades.”

A indução obedece à recomendação do art. 6º da Constituição Federal, nos mesmos termos do que foi comentado no item 9.1.3.2. Venda de um único imóvel.

As questões relativas à aplicação da isenção do art. 39 demandam algumas considerações.

O benefício previsto pode ser utilizado uma única vez a cada cinco anos, a exemplo do que ocorre com a isenção do único imóvel. Justifica-se esta disposição para evitar abuso da norma por parte do contribuinte, que poderia transferir as atividades habituais de compra e venda de imóveis normalmente desenvolvidas por uma pessoa jurídica para a pessoa física, a fim de valer-se do não pagamento do imposto. Nessa situação, criar-se-ia um desequilíbrio indesejado no sistema, tendo de um lado uma atividade isenta (compra e venda de imóveis residenciais) e de outro as demais atividades normalmente tributadas. Agiu, assim, de maneira correta o legislador garantindo a coerência e a equidade no sistema ao prever um prazo mínimo para a reutilização do benefício.

Refere-se, ainda, o art. 39 a imóveis residenciais. O plural utilizado em ambas as etapas (na alienação e na posterior aquisição) que o contribuinte deve percorrer para valer-se do benefício é claro, aplica-se o tratamento na alienação de um ou mais imóveis residenciais, desde que seja reinvestido o valor também em um ou mais imóveis residenciais.

A questão que pode surgir diz respeito à compatibilização do *caput* do art. 39 com o § 5º, tendo em vista que a utilização do benefício é limitada uma única vez a cada cinco anos, sendo que a isenção, como acima comentado, pode ser aplicável ao ganho de capital na alienação de mais de um imóvel.

A solução parece estar no prazo de 180 dias concedidos para o reinvestimento do produto das vendas de bens residenciais. Assim, todas as vendas efetuadas dentro do período de 180 dias estarão abrangidas pelo benefício, desde que, naturalmente, seu produto seja

devidamente reinvestido. Esse foi o entendimento das autoridades fiscais exposto no art. 2º da Instrução Normativa nº 599/05.³⁴⁵

Outra questão que se resolve pela análise sistemática da legislação refere-se ao fluxo de recursos decorrente da alienação e a caracterização do reinvestimento exigido pela norma do art. 39. Podem-se vislumbrar as seguintes situações: um contribuinte vende seu imóvel a prazo, sendo a primeira parcela recebida 180 dias após a transação; dentro do prazo estipulado pela lei (180 dias) adquire um outro imóvel residencial que terá seu primeiro pagamento 30 dias após o recebimento da primeira parcela de venda (ou seja, 210 dias após a alienação). Um segundo exemplo, para ilustrar a questão, pode ser assim apresentado: um contribuinte adquire um imóvel por meio de um compromisso particular de compra e venda, para pagamento em parcela única no momento da escritura, a qual será lavrada 30 dias após a assinatura do compromisso particular, e nesse período aliena seu imóvel residencial recebendo o valor integral no negócio à vista, que é posteriormente utilizado para quitação do compromisso.

Conforme analisado acima,³⁴⁶ o fato gerador do ganho de capital ocorre quando da alienação do bem, sendo o pagamento do imposto diferido para o recebimento da parcela do preço; não há ocorrência de fato gerador quando do ingresso de recursos e nesse momento a obrigação tributária já se encontra constituída.

A questão encontra nesse entendimento a sua solução. Na primeira situação, a despeito de o contribuinte não ter recebido qualquer valor no prazo de 180 dias e mesmo assim ter adquirido um novo imóvel dentro deste prazo, sem também ter efetuado qualquer desembolso, o fato gerador do ganho de capital ocorreu (quando da alienação do imóvel) e a obrigação de reinvestimento da mesma forma foi atendida (pela aquisição de um novo bem dentro do prazo de 180 dias), portanto, o ganho de capital estaria isento.

³⁴⁵ Assim encontra-se redigido o citado: “Art. 2º Fica isento do imposto de renda o ganho auferido por pessoa física residente no País na venda de imóveis residenciais, desde que o alienante, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da celebração do contrato, aplique o produto da venda na aquisição, em seu nome, de imóveis residenciais localizados no País.

§ 1º No caso de venda de mais de um imóvel, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias referido no caput deste artigo será contado a partir da data de celebração do contrato relativo à primeira operação.”

³⁴⁶ Vide item 9.1.2. Momento da tributação e base de cálculo.

O segundo contribuinte não faz jus ao benefício do art. 39. Mesmo tendo quitado o imóvel recém-adquirido com os recursos recebidos da venda de outro imóvel que lhe pertencia, o ganho de capital ocorreu em momento posterior ao reinvestimento, não tipificando, assim, a hipótese prevista na norma.

Esse entendimento não é acompanhado pelas autoridades fiscais. A Instrução Normativa nº 599/05, dispõe:

“Art. 2º Fica isento do imposto de renda o ganho auferido por pessoa física residente no País na venda de imóveis residenciais, desde que o alienante, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da celebração do contrato, aplique o produto da venda na aquisição, em seu nome, de imóveis residenciais localizados no País.

§7º Relativamente às operações realizadas a prestação, aplica-se a isenção de que trata o caput, observado o disposto nos parágrafos precedentes:

I - nas vendas a prestação e nas aquisições à vista, à soma dos valores recebidos dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da celebração do primeiro contrato de venda e até a(s) data(s) da(s) aquisição(ões) do(s) imóvel(is) residencial(is);

II - nas vendas à vista e nas aquisições a prestação, aos valores recebidos à vista e utilizados nos pagamentos dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da celebração do primeiro contrato de venda;

III - nas vendas e aquisições a prestação, à soma dos valores recebidos e utilizados para o pagamento das prestações, ambos dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da celebração do primeiro contrato de venda.”

O entendimento acima baseia-se no critério de recebimento, ou seja, somente os valores recebidos ou pagos pelo contribuinte estarão sujeitos à regra da isenção, os demais não poderão beneficiar-se do não pagamento do imposto de renda.

Divide-se, assim, o fato gerador em dois, parte dele (valores recebidos ou investidos) estará isenta, a outra parte será tributada, o que, evidentemente, é inadmissível.

A Instrução Normativa é contrária ao sistema da tributação do ganho de capital, pois conflita com o momento da ocorrência do fato gerador do lucro imobiliário (momento da alienação). O termo utilizado pelo legislador ordinário “*aplique*” deve ser entendido como a obrigação assumida com o reinvestimento e nunca como parte do pagamento das prestações da aquisição do novo imóvel.

Sob a perspectiva do mercado imobiliário, a Instrução Normativa é limitante, já que reduz drasticamente as operações que possivelmente seriam abrigadas pela norma legal, em desrespeito à indução pretendida pelo legislador.

Dúvidas podem surgir ainda na interpretação da qualificação residencial dos imóveis, objeto do benefício estabelecido. A Instrução Normativa nº 599/05 considera somente imóveis residenciais as unidades construídas (art. 2º, § 9º), excluindo expressamente os terrenos (art. 2º, §11º, inciso II).³⁴⁷

O terreno pode ser utilizado para destinação residencial e o fato de possuir uma edificação em nada modifica seu caráter residencial. A interpretação fiscal leva a crer que somente os imóveis que sejam utilizados para moradia poderiam ser objeto da norma. Assim, um imóvel que não possui condições de uso (pelo estado de degradação), que tem valor exclusivamente pelo terreno que ocupa é considerado residencial para fins da norma, enquanto que um terreno de um loteamento urbano, pronto para receber a edificação de uma residência, não é enquadrado na qualificação residencial, segundo a normativa fiscal.

O singelo exemplo acima demonstra o tratamento anti-isonômico decorrente da interpretação pretendida. Ainda, em nenhum momento a norma do art. 39 autoriza o entendimento explanado pelas autoridades fiscais; ao contrário, ao permitir que vários

³⁴⁷ “Art. 2º (vide nota 345)

§ 9º. Considera-se imóvel residencial a unidade construída em zona urbana ou rural para fins residenciais, segundo as normas disciplinadoras das edificações da localidade em que se situar.

§ 10. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive:

I - aos contratos de permuta de imóveis residenciais;

II - à venda ou aquisição de imóvel residencial em construção ou na planta.

§11. O disposto neste artigo não se aplica, dentre outros:

I - à hipótese de venda de imóvel residencial com o objetivo de quitar, total ou parcialmente, débito remanescente de aquisição a prazo ou à prestação de imóvel residencial já possuído pelo alienante;

II - à venda ou aquisição de terreno;

III - à aquisição somente de vaga de garagem ou de boxe de estacionamento.”

imóveis integrem o benefício da isenção admitiu, tacitamente, que nem todos são utilizados para moradia do contribuinte. Deve-se atentar também à destinação dos imóveis atribuídas nos planos diretores municipais, que podem determinar a natureza do bem em negociação.

9.1.3.5. Fator de redução

Foram vistas até agora as hipóteses de tratamento diferenciado para o ganho de capital imobiliário que tem por fundamento induzir determinados comportamentos dos contribuintes, seja para beneficiar os proprietários de um único imóvel, incentivando a sua alienação, com vista a atender o preceito do art. 6º da Constituição Federal; seja para incentivar a troca de bens antigos, ao reduzir a tributação das mais-valias conforme o tempo em que permanecem na propriedade do contribuinte; ou ainda fomentar o mercado imobiliário de imóveis residenciais.

O art. 40 da Lei nº 11.196/05 tem finalidade diversa. Objetiva mitigar os efeitos da inflação na apuração do lucro imobiliário ao prever fatores de redução do ganho de capital apurado pelas pessoas físicas na alienação de bens imóveis.

Até 31 de dezembro de 1995 o custo de aquisição dos bens imóveis era corrigido monetariamente, o que anulava os efeitos da tributação de lucro fictício gerado pela inflação. Com a instituição do Plano Real foi extinta a correção monetária para fins fiscais, o que originou a norma do art. 131 do RIR/99 que veda expressamente qualquer atualização monetária de bens adquiridos posteriormente a 31.12.95.³⁴⁸

Em 2005, 11 anos após a criação do Plano Real, os imóveis encontravam-se desatualizados em relação ao seu valor de mercado, parte desse efeito foi gerado pela inflação ocorrida no período que, mesmo muito inferior aos padrões de décadas passadas, trazia uma mais-valia irreal, conforme amplamente debatido no item 9.1.2. Momento da tributação e base de cálculo. Nesse cenário foi editado o citado art. 40 que, sem possibilitar a expressa correção

³⁴⁸ “Art. 131. Não será atribuída qualquer atualização monetária ao custo dos bens e direitos adquiridos após 31 de dezembro de 1995.”

monetária do custo, como ocorria no passado e em razão da desindexação da economia, propôs fatores de redução do ganho do capital em percentuais próximos à desvalorização monetária ocorrida no período e de acordo com as previsões de inflação futura.

Desta forma, para o período compreendido entre 1º de janeiro de 1996 e 1º de novembro de 2005 será aplicado o FR1, que corresponde a um desconto mensal de aproximadamente 0,60% e, para o período a partir de 1º de dezembro de 2005 até a data da alienação, aplica-se o FR2 correspondente a aproximadamente 0,35% de redução do ganho de capital ao mês.

Deve-se ressaltar, para a compreensão dos objetivos da norma, que a sua aplicação não possui restrição quanto ao tipo de imóvel alienado, abrangendo, assim, todo e qualquer bem imóvel, e que a sua utilização pode ser efetuada quantas vezes forem as vendas realizadas.

9.2. A equiparação das pessoas físicas às pessoas jurídicas

Optou-se por discutir as questões envolvendo a equiparação do tratamento fiscal das pessoas físicas às pessoas jurídicas no presente capítulo tendo em vista a matéria relacionar-se, historicamente, com o lucro imobiliário. Atualmente esta conexão não mais existe, mas, para preservar a sistemática doutrinária adotada por autores que trataram do assunto, optou-se por manter a mesma forma de exposição da matéria.

9.2.1. Breve histórico

A equiparação à pessoa jurídica das pessoas físicas, no que se refere aos negócios imobiliários, tinha por finalidade solucionar o problema da tributação do ganho de capital na alienação de imóveis. A legislação, como analisado no item 9.1.3.1. Breve histórico,

oscilou entre a isenção total do lucro imobiliário até a sua tributação em separado, passando ainda a implementar uma série de isenções e reduções a fim de minimizar os efeitos da tributação sobre o referido ganho.

A dificuldade de imposição do lucro imobiliário gerou algumas soluções de política de tributação, tais como o sistema *roll over*, adotado pelo art. 39 da Lei nº 11.196/95 ou o sistema de permanência, reconhecido pelo art. 139 do RIR/99. Na década de 70 a legislação fiscal, por meio do Decreto-lei nº 1.381/74, adotou o sistema da habitualidade, que tem por princípio liberar da tributação o ganho de capital eventual e tributar o lucro imobiliário habitual.³⁴⁹

Havia três hipóteses de equiparação à pessoa jurídica; a primeira hipótese tratava das pessoas físicas que alienassem imóvel à empresa a qual fossem vinculadas, a segunda dizia respeito à comercialização de imóveis com habitualidade e a terceira vinculava-se às pessoas físicas que executassem loteamentos e incorporações imobiliárias em nome próprio.

A equiparação à pessoa jurídica das pessoas físicas que alienassem imóvel à empresa a ela vinculada, constante do art. 3º do Decreto-lei nº 1.381/74, objetivava evitar o planejamento fiscal efetuado pelos contribuintes à época que consistia na transferência de imóvel para a empresa (que no caso era menos tributada) pelo valor de custo, deixando que o lucro na alienação do bem fosse auferido na pessoa jurídica. Nesse sentido é o comentário de Antonio da Silva Cabral à legislação da época: “Atualmente, resolveu o legislador pôr termo a qualquer espécie de fraude, servindo-se do expediente da ficção legal, em virtude da qual fica equiparada a pessoa jurídica à pessoa física que alienar imóvel para a empresa da qual participe no capital, se esta operar com imóveis ou se dedicar a florestamento ou reflorestamento.”³⁵⁰

O mesmo art. 3º considerava empresas individuais as pessoas físicas que praticassem, em nome individual, a comercialização de imóveis com habitualidade. A questão que se colocava, na vigência do dispositivo, era o que caracterizava a habitualidade. Após idas e vindas, a legislação findou por definir como sendo habitual a pessoa física que, no prazo de

³⁴⁹ Conforme CABRAL, Antonio da Silva. op. cit., p. 9.

³⁵⁰ Id. Ibid., p. 90.

2 anos consecutivos comercializasse mais de 3 imóveis adquiridos nesse mesmo biênio e, ainda, no prazo de 5 anos comercializasse mais de 5 imóveis nesse período. (art. 5º do Decreto-lei nº 1.510/76.)

A terceira forma equiparava às pessoas jurídicas as pessoas físicas que promovessem loteamentos de terrenos ou incorporação de prédios em condomínio, nos termos do art. 3º, inciso III do Decreto-lei nº 1.381/74, hoje ainda em vigor.

Note-se que as duas últimas hipóteses de equiparação objetivam atender à sistemática da tributação dos lucros imobiliários que visava tributar os resultados gerados pelas pessoas físicas que habitualmente negociavam com imóveis.

9.2.2. A equiparação hoje e sua natureza

A equiparação do tratamento tributário das pessoas físicas às pessoas jurídicas constitui uma ficção do direito tributário com o objetivo de dispensar tratamento equivalente ao contribuinte que, mesmo sob outra forma, pratique a atividade similar à desenvolvida pelas empresas. É, portanto, uma forma de justiça fiscal, pois trata de maneira igual contribuintes que se encontram em situação de igualdade, adotando como parâmetro de comparação as operações desenvolvidas.

Luís Eduardo Schoueri, valendo-se da lição de Franz Bernhöft, define a ficção jurídica como “(...) uma norma, através da qual o legislador determina que se aplique, a cada hipótese de incidência (fingierter Tatbestand, ou hipótese ficta), determinadas sanções previamente definidas para outra situação (Fiktionsbasis, ou base de ficção).”³⁵¹

Trata-se, assim, de uma remissão que, por razões de comodidade e simplificação, é utilizada pelo legislador para atribuir o mesmo tratamento dispensado a um determinado fato ou ato que é previsto, originalmente, para outra situação. Não há que se falar em alteração da realidade, mas sim em mera opção por uma técnica legislativa, na medida em

³⁵¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 104.

que os mesmos efeitos poderiam ser alcançados de maneira mais trabalhosa por meio da definição das mesmas conseqüências jurídicas para a situação objeto da remissão.

Assim é que a legislação em vigor, art. 151 a 153 do RIR/99 (que possui como base legal o Decreto-lei nº 1.381/74), previu as hipóteses de equiparação. Serão equiparadas à pessoa jurídica as pessoas físicas que assumirem a iniciativa e a responsabilidade de incorporação ou loteamento de terrenos urbanos ou rurais, ou outorgarem mandato a construtor ou corretor para a alienação de frações ideais e se beneficiarem do produto dessas alienações (art. 151), incluindo, ainda, o proprietário de terreno ou gleba que efetuar loteamento ou incorporação de fato (art. 152). Por fim, considera loteamento, para efeitos de equiparação, a subdivisão ou desmembramento de imóvel rural em mais de 10 lotes (art. 153).

Não se trata, como adverte Antonio da Silva Cabral, “de uma regra modificativa do conceito de pessoa jurídica, mas de uma ficção do Direito Tributário, forçando a realidade, com a finalidade de tributação de um resultado, nos moldes aplicáveis às pessoas jurídicas em geral. Não se diz que a pessoa física se tornará pessoa jurídica, mas que será considerada com se (*ac si*) fosse pessoa jurídica.”³⁵²

Note-se que as duas hipóteses de equiparação anteriormente previstas pelo próprio Decreto-lei nº 1.381/74 (vide item 9.2.1. Breve histórico) foram revogadas por não mais se coadunarem com o sistema da tributação do ganho de capital escolhido pelo legislador. Tributa-se atualmente o lucro eventual, e as operações habituais não se enquadram na sistemática de imposição do ganho de capital das pessoas físicas, regidas por princípios e fundamentos diversos da tributação da atividade operacional das pessoas jurídicas.

As hipóteses previstas pela legislação em vigor resumem-se a dispensar o tratamento tributário das pessoas jurídicas às pessoas físicas que efetuarem incorporação ou loteamento devidamente registrados ou não. Tal disposição, como anteriormente destacado, visa atingir a justiça fiscal, pois as pessoas físicas praticam de fato atividade empresarial demandando, assim, o mesmo tratamento tributário das pessoas jurídicas.

³⁵² CABRAL, Antonio da Silva. op. cit., p. 85.

É de se destacar que a equiparação tem início quando da concretização das hipóteses previstas em lei, ou seja, na data em que houver o arquivamento da documentação que caracterize a pessoa física como incorporadora ou na data em que houver a primeira alienação do imóvel incorporado de fato ou, ainda, na data em que houver o desmembramento ou alienação do imóvel rural em mais de dez lotes.³⁵³

A equiparação atinge todas as rendas do contribuinte, independentemente do fato de terem sido geradas por um único negócio imobiliário, ou seja, os rendimentos provenientes de outras fontes, tais como trabalho assalariado ou aplicações financeiras, estarão sujeitos à tributação de pessoa jurídica, já que a equiparação é do contribuinte e não da atividade desenvolvida.

A justiça fiscal almejada com a equiparação não justifica a extensão dos seus efeitos para todos os rendimentos do contribuinte, nesta formatação a tributação por meio da equiparação atinge característica de sanção, o que não é permitido nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional.

Visando minimizar este efeito, o art. 166 do RIR/99 previu o término da equiparação para 36 meses contados a partir da data em que a pessoa física deixar de promover empreendimentos imobiliários, bem como da data em que se verificar o término do resultado da incorporação ou loteamento efetuado.

Confirma-se, assim, a clara intenção de punir o contribuinte pessoa física. A equiparação justifica-se em relação aos rendimentos imobiliários e ao período em que tais rendimentos foram auferidos e não a um prazo suplementar de 36 meses.

9.3. Receita de locação de imóveis auferida pela pessoa física

³⁵³ Conforme disposto no art. 156 do RIR/99.

9.3.1. A tributação do aluguel na pessoa física – sistemática

Os valores recebidos a título de locação de bens imóveis pelas pessoas físicas constituem renda tributável pelo imposto de renda. As alíquotas aplicáveis, diversamente do que ocorre com os ganhos de capital, são aquelas constantes da tabela progressiva variando de 15% a 27,5% dependendo do valor recebido, conforme prevê o art. 109 do RIR/99.

O imposto de renda deve ser calculado em conjunto com os demais rendimentos do contribuinte, em especial aqueles decorrentes do trabalho assalariado, nos termos do arts. 106, inciso IV e 111 do RIR/99; não se trata, portanto, de uma tributação em separado, mas de uma receita que integra o cômputo dos rendimentos tributáveis da pessoa física.

Observa a tributação dos aluguéis os princípios da generalidade, universalidade e progressividade já que atingem todos os rendimentos de aluguel incluindo-os no cálculo da renda global do contribuinte além de sujeitá-los a alíquotas progressivas.

O art. 50 do RIR/99 permite o abatimento das despesas e custos necessários à obtenção do rendimento de aluguel, assim permiti-se a dedução dos valores dos impostos, taxas e emolumentos incidentes sobre o bem que produziu o rendimento do aluguel, das despesas pagas pela cobrança ou recebimento do rendimento e das despesas de condomínio, alcançando inclusive a dedução do aluguel nos casos de imóveis sublocados. Tributando, assim, a renda líquida em perfeita consonância com o art. 43 do CTN (vide item 3.2.1. A renda na legislação nacional).

Sob o ponto de vista econômico, a receita de aluguel possui um tratamento mais oneroso se comparado com as receitas financeiras que a ela seriam equiparadas. Os investimentos em imóveis para locação são uma das formas de aplicação que visam a preservação e a rentabilização dos recursos poupados pelos contribuintes, da mesma forma que o são os investimentos no mercado financeiro, seja de renda fixa seja de renda variável. Estes, por sua vez, são tributados a alíquotas que variam de 22,5% a 15%, reduzidas de acordo com o prazo de vencimentos das aplicações, sendo, ainda, tributados em separado, a exemplo do que ocorre com os ganhos de capital. Ressalte-se que alguns investimentos financeiros são

isentos, como os Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI e determinadas quotas de Fundo de Investimentos Imobiliários – FII.

Há, portanto, um tratamento tributário privilegiado para as aplicações financeiras em relação aos investimentos em aluguel desincentivando as pessoas físicas à aplicação dos recursos em imóveis para a renda.

Deve-se ressaltar, conforme exposto no item 7.2. *A tributação presumida nas atividades de locação de imóveis próprios*, que a tributação da pessoa jurídica que aufera receita de locação, quando optante pelo lucro presumido, atinge uma carga fiscal total da ordem de 7,49% a 14,53%, inferior, portanto, à tributação das pessoas físicas.³⁵⁴

Se analisada a tributação da locação de maneira mais ampla tem-se a seguinte situação: a receita de aluguéis das pessoas físicas, a partir de R\$ 2.326, são tributadas à alíquota de 27,5%, superior, portanto, às aplicações financeiras; se considerada a possibilidade de transferência da receita para uma pessoa jurídica destinada exclusivamente para este fim, a tributação seria substancialmente reduzida atingindo um percentual máximo de 14,53%.

A situação acima descrita demonstra a falta de coerência entre as normas que versam sobre a tributação dos aluguéis, a ponto de desincentivar o investimento nesta modalidade de aplicações pelas pessoas naturais e ao mesmo tempo incentivar a criação de empresas com a mesma finalidade. Note-se que não se encontrou justificativa econômica para a adoção desta sistemática fiscal.

9.3.2. A tributação das receitas do *pool hoteleiro*

Bastante comum no mercado imobiliário, sobretudo nas grandes cidades, o investimento pelas pessoas físicas em unidades imobiliárias para fins de locação em empreendimentos hoteleiros, flats e similares.

³⁵⁴ A afirmação é válida para valores de aluguel superiores ao valor de isenção da tabela progressiva, desde que o contribuinte não possua outra fonte de rendimento.

Este investimento caracteriza-se pela cessão, por meio de contrato, da administração do imóvel para uma empresa especializada que gerenciará a constituição de uma união dos proprietários, *pool hoteleiro*, para que conjuntamente e de forma harmônica disponibilizem suas unidades para a locação. Assim, toda a receita reconhecida pelo *pool* é dividida proporcionalmente entre os proprietários, independentemente de ter sido o seu imóvel que gerou aquela locação ou de outro participante do mesmo contrato.

Ressalte-se que não há transferência da propriedade imobiliária para o *pool* ou para a empresa administradora ou mesmo cessão dos direitos de locação, mas simplesmente adesão a um contrato de administração conjunta e compartilhada da locação daquelas unidades.

Indaga-se, assim, qual a tributação incidente sobre a locação recebida no sistema de *pool hoteleiro*.

A Receita Federal, por meio do Ato Declaratório Interpretativo nº 14 de 2004, entendeu que o contrato de participação no *pool* caracterizava-se como uma Sociedade em Conta de Participação – SCP já que haveria o objetivo de lucro comum entre os *polistas*. A empresa administradora seria a sócia ostensiva enquanto que os proprietários das unidades imobiliárias seriam os sócios participantes.

Conseqüentemente, a tributação incidente sobre as receitas de locação seria aquela devida pelas pessoas jurídicas, por conta da equiparação, para fins fiscais, das SCP às empresas, implicando, se optantes do lucro presumido, em uma substancial redução da carga fiscal devida.

Este entendimento simplificaria tanto as atividades dos contribuintes pessoas físicas como das autoridades fiscais, já que os primeiros receberiam os recursos a título de distribuição de dividendos (isenta) desobrigando-se do recolhimento do imposto de renda calculado com base na tabela progressiva (carnê leão); os segundos focariam a fiscalização somente nos sócios ostensivos ao invés de fiscalizar um número muito maior de proprietários de imóveis.

Recentemente, em um caso análogo, a Receita Federal editou o ADI nº 2/07 manifestando o entendimento de que na hipótese de locação de partes comuns em condomínio edilício, tais como salão de festas e áreas comuns, os rendimentos obtidos deverão ser considerados pelos contribuintes proporcionalmente à sua participação no condomínio, o que contraria o entendimento do ato declaratório de 2004.

A consideração para fins tributários dos rendimentos auferidos no *pool hoteleiro*, como se fossem participação em SCP, não possui fundamentação legal bem como não encontra suporte na manifestação de vontade dos proprietários que, ao firmarem contratos de administração conjunta, não têm a intenção de associar-se sob a forma acima mencionada.

Parece mais correta a posição que reconhece a natureza jurídica da receita como locação sujeitando-a à tributação a ela aplicável.

9.4. A tributação do rendimento dos títulos de securitização de recebíveis

As operações de securitização de recebíveis, conforme exposto no item 5.9. *Instrumentos financeiros imobiliários – securitização de recebíveis*, constituem-se em um processo pelo qual um ativo financeiro é convertido em títulos, que serão posteriormente colocados no mercado de capitais.

Nesse processo, na sua modulação atual, há a geração de papéis que representam os créditos imobiliários cedidos, os quais no Brasil foram expressamente previstos pela Lei nº 9.514/97, posteriormente modificada pela Lei nº 10.931/04. Assim, nas securitizações imobiliárias podem ser emitidos os seguintes títulos: Cédula de Crédito Imobiliário – CCI e Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI; as Letras de Crédito Imobiliário – LCI e Letras Hipotecárias – LH ³⁵⁵também podem ser utilizadas como parte do processo de

³⁵⁵ Ressalte-se que as LH e as LCI não são necessariamente vinculadas às operações de securitização de recebíveis podendo ser emitidos com a finalidade de captar recursos para o financiamento imobiliário empresarial ou para o adquirente do imóvel.

securitização, no entanto sua abrangência é maior estendendo-se às operações de crédito imobiliário.

Tanto as LH como as LCI são papéis emitidos exclusivamente pelas instituições financeiras autorizadas a operar com créditos imobiliários com vistas à captação destinados ao financiamento imobiliário; as primeiras são vinculadas somente com créditos hipotecários enquanto que as segundas podem ser emitidas com base em créditos que possuem como garantia a alienação fiduciária.

Os CCI são títulos criados para simplificar e tornar mais ágil os processos de securitização. Podem ser emitidos pelos credores dos recebíveis imobiliários, por exemplo, as incorporadoras, empresas proprietárias de imóveis locados e loteadoras. Não são valores mobiliários, mas títulos que servem para representar uma quantidade de crédito imobiliário facilitando o processo de securitização.

Os CRI são títulos lastreados em créditos imobiliários de emissão exclusiva das Companhias Securitizadoras. Tais títulos são normalmente lastreados nas CCI emitidas pelos credores de recebíveis imobiliários podendo, também, possuir lastro direto nos referidos créditos, com ou sem garantia real ou fiduciária.

Sob o aspecto fiscal, interesse deste estudo, o rendimento dos juros pagos pelas LH, LCI e CRI são isentos do Imposto de Renda quando o investidor for pessoa física,³⁵⁶ nos termos do disposto pelo art. 3º Lei nº 11.033/04.

A norma visa incentivar as pessoas físicas a investirem parte de sua poupança em papéis que têm como lastro os financiamentos imobiliários, gerando um direcionamento desses recursos para as instituições financeiras que operam com o crédito imobiliário, no caso das LCI e LH ou um financiamento direto ao empreendedor por meio da aquisição de CRI.

A norma tributária induz o contribuinte pessoa física a investir seus recursos nos referidos títulos, já que estes terão rendimentos líquidos muito superiores aos demais investimentos financeiros de características similares.

³⁵⁶ O mesmo não ocorre se os rendimentos financeiros forem auferidos por pessoas jurídicas; nestas os juros serão normalmente tributados como rendimento financeiro.

O pressuposto econômico da renúncia fiscal é a possibilidade de acesso pelos empreendedores imobiliários a linhas de créditos e recursos financeiros mais vantajosos do que os encontrados no mercado financeiro. Assim, o benefício fiscal de isenção do imposto de renda das pessoas físicas deve ser economicamente transferido aos empreendedores imobiliários por meio da redução das taxas dos financiamentos imobiliários.

A medida é elogiável, pois fomenta os financiamentos imobiliários e as operações de securitização de recebíveis das empresas que em boa parte se dedicam à incorporação de imóveis residenciais, atribuindo mecanismos que facilitam, em última instância, o acesso à moradia.

9.5. Identificação das características e particularidades da tributação do ganho de capital das pessoas físicas, das receitas decorrentes da atividade imobiliária e princípios destacados

A tributação do ganho de capital das pessoas físicas é campo fértil para a verificação de normas indutoras e princípios que fundamentam a tributação imobiliária. Verifica-se que, a despeito de críticas esparsas, a legislação apresenta coerência com as demais normas do sistema tributário analisado, privilegiando o atendimento a alguns dos mesmos princípios que suportam a tributação da renda das pessoas jurídicas, conforme a seguir analisado:

(i) a tributação do ganho de capital das pessoas físicas decorrente da alienação de bens imóveis possui tratamento diverso do ganho de capital auferido pelas pessoas jurídicas. Esta distinção era criticada no passado; atualmente a imposição do lucro imobiliário das pessoas físicas fundamenta-se em princípios que justificam sua diferente tributação em relação ao lucro das pessoas jurídicas;

(ii) o ganho de capital constitui renda, na modalidade de acréscimo patrimonial, se observado sob óptica econômica ou se analisado à luz da legislação em vigor (art. 43 do CTN);

(iii) o ganho de capital é tributado em separado, assemelhando-se a um imposto retido na fonte e não pode ser contraposto aos demais rendimentos do contribuinte auferidos no exercício. Esta formulação é criticável, pois não atende aos princípios da generalidade, universalidade e progressividade do art. 153, inciso I, § 2º da Constituição Federal;

(iv) as mais-valias imobiliárias das pessoas físicas são tributadas pelo imposto de renda, mas possuem características bastante específicas demandando uma normatização própria que, muitas vezes, é reproduzida para as demais espécies de renda;

(v) o ganho de capital é tributado quando realizado, ou seja, quando ocorre a alienação do bem. O pagamento do imposto de renda, no entanto, é diferido para o momento do recebimento do preço. A sistemática prevista pela legislação atende à praticabilidade e à realização da renda e ao regime de caixa, reconhecendo as especificidades do mercado imobiliário;

(vi) os juros recebidos quando da alienação de bem imóvel a prazo são tributados como receita financeira, o que conflita com a natureza da renda percebida, por tratar-se de rendimento imobiliário e não financeiro; desrespeita também a coerência exigida pelo sistema, tendo em vista o tratamento dispensado em situação similar às receitas auferidas pelas empresas tributadas pelo lucro presumido e as optantes pelo RET do patrimônio afetado;

(vii) a tributação da renda com acréscimo patrimonial é adequadamente observada no cálculo do lucro imobiliário quando a lei permite o abatimento dos valores pagos a título de comissão na ocasião da alienação do bem. Atende-se, assim, o princípio da renda líquida e a própria definição de renda como acréscimo patrimonial;

(viii) a tributação do lucro imobiliário das pessoas físicas envolve questões de política de tributação, o que motivou no passado e ainda justifica a imposição de diferentes métodos de redução da carga fiscal dessas operações;

(ix) a isenção concedida para o contribuinte que alienar seu único imóvel limitado ao valor de R\$ 440.000,00 concretiza o direito social à moradia estabelecido no art. 6º da Constituição Federal;

(x) a referida isenção, por outro lado, merece crítica por utilizar o valor de alienação e não do lucro imobiliário como limite à obtenção do benefício, o que gera casos de iniquidade entre contribuintes que se encontram em situações similares;

(xi) a redução do ganho de capital em 5% ao ano, até 1988, objetivava implementar a tributação com base no sistema da habitualidade, por meio da maior imposição dos ganhos de capital originados de imóveis que permanecem por menos tempo na propriedade do contribuinte, e chega até a isenção total dos bens mais antigos, com a finalidade de evitar a transferência das atividades das empresas imobiliárias para as pessoas físicas por razões fiscais. A redução do ganho de capital incentivava, ainda, a alienação de bens imóveis mais antigos;

(xii) a isenção do ganho de capital desde que reinvestido na aquisição de novos imóveis tem por finalidade o fomento ao mercado de imóveis residenciais, na medida em que transfere ao contribuinte o imposto que seria devido para que seja adquirido um novo bem, aumentando, assim, o valor das transações e a circulação de recursos no referido setor. Atende-se, portanto, o direito social à moradia;

(xiii) o sistema de isenção do art. 39 da Lei nº 11.196/06 é coerente com os princípios escolhidos pelo legislador que fundamentam a tributação do ganho de capital, em especial o momento da ocorrência do fato gerador;

(xix) o fator de redução proposto pelo art. 40, da Lei nº 11.196/06, atende ao conceito de renda como acréscimo patrimonial ao prever a redução do ganho de capital no valor similar à inflação incorrida no período;

(xx) as hipóteses de equiparação entre o tratamento tributário das pessoas jurídicas e o das pessoas físicas inserem no sistema da tributação imobiliária o fundamento pelo qual as operações habituais com imóveis devem ser tributadas pelo imposto de renda das

empresas, mesmo se realizadas por contribuintes pessoa física, em atenção ao princípio da igualdade;

(xxi) merece crítica a extensão dos efeitos da equiparação para os demais rendimentos do contribuinte que não se relacionam com a atividade que gerou a equiparação, bem como a previsão de manutenção da equiparação pelo período adicional de 36 meses após o término da percepção dos rendimentos da incorporação ou do loteamento efetuado. Tal fato atribui ao imposto efeito de sanção, o que é vetado pelo ordenamento em vigor;

(xxii) a tributação da renda decorrente da locação de imóveis pelas pessoas físicas observa os princípios da generalidade, universalidade e progressividade, atente também à da renda líquida, por permitir a dedução dos valores pagos necessários à geração do rendimento;

(xxiii) no entanto, sua tributação não é coerente com as demais normas do sistema, pois aplica uma carga fiscal superior à devida nas aplicações financeiras, rendimento que economicamente é equiparado, bem como é mais onerosa do que a tributação das receitas de locação nas pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido;

(xxiv) os rendimentos decorrentes dos títulos representativos de créditos imobiliários – CRI, LCI e LH quando auferidos por pessoas físicas são isentos do imposto de renda. A isenção tem por finalidade fomentar o mercado imobiliário por meio da redução das taxas de juros dos financiamentos imobiliários e a redução dos custos nas operações de securitização de recebíveis.

As normas da tributação do ganho de capital são um bom exemplo de um corpo normativo coerente que observa uma lógica tal que possibilita o convívio de diversas espécies de isenções e reduções, pois fundamentam-se em objetivos e princípios diversos sem apresentar conflito entre suas disposições. São esses os alicerces e princípios que emanam do referido corpo de normas:

a) o fundamento maior da tributação do ganho de capital imobiliário é a concretização do direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal, por meio da isenção/redução da tributação dos lucros advindos das operações com imóveis residenciais ou de pequeno valor, da mitigação tributária na alienação dos imóveis que pertençam por

longo período ao contribuinte e da isenção dos rendimentos na aplicação nos títulos representativos de créditos imobiliários;

b) o princípio da igualdade também é um dos alicerces da tributação da mais-valia imobiliária. A legislação trata de maneira mais onerosa as operações imobiliárias de caráter especulativo (seja por meio da equiparação com a pessoa jurídica, seja por meio da tributação da integralidade do ganho de capital); escolheu-se, assim, como parâmetro de comparação a habitualidade e o caráter especulativo; dessa maneira, reduz-se ou isenta-se da tributação o ganho de capital auferido com a alienação de imóveis eventuais e impõe-se maior carga nas operações especulativas ou habituais;

c) a capacidade contributiva é respeitada ao impor alíquotas não-superiores às incidentes nas operações de mesma natureza realizadas pelas pessoas jurídicas e ao não tributar, por meio da dedução dos fatores de redução, o lucro fictício gerado pela inflação;

d) a realização da renda é seguidamente atendida, tornando-se um dos fatores que dão coerência e unidade às normas da tributação do lucro imobiliário. A alienação foi escolhida como o momento da ocorrência do fato gerador em atenção ao princípio há pouco referido;

e) a praticabilidade da tributação dá contorno a várias regras da tributação da mais-valia, em especial a que define o momento da ocorrência do fato gerador (quando o contribuinte tem como apurar o valor exato do ganho), nos casos de permutas, onde há o diferimento da tributação para quando do efetivo recebimento dos valores de venda do bem imóvel alienado;

f) o pagamento do imposto somente quando do recebimento efetivo dos recursos (regime de caixa) fundamenta todas as normas que tratam do recolhimento do tributo, como ocorre, por exemplo, nos casos de permutas ou de vendas a prazo;

g) a renda como acréscimo patrimonial também é fundamental na interpretação e inteligência das normas do lucro imobiliário, seja por conceituar o fato gerador (valor da alienação reduzido do custo), seja por determinar o abatimento de gastos necessários à geração da renda, que atende também ao critério da renda líquida. Ressalve-se a crítica da

sua tributação em separado que, ao contrário do que acima afirmado, desconsidera o conceito econômico de acréscimo patrimonial.

Abaixo, quadro sinóptico que possibilita a visualização dos princípios e critérios informadores acima mencionados:

<i>Princípios constitucionais</i>	
Isonomia	É verificado quando a legislação estabelece tratamento diferenciado a contribuintes que se encontram em situação diversa – especialmente em relação às deduções e isenções na apuração do ganho de capital
Capacidade contributiva	Na imposição de alíquotas não superiores às previstas para operações similares desenvolvidas pelas pessoas jurídicas É também constatada na aplicação dos fatores de redução no cálculo do ganho de capital que possibilita a não-tributação do lucro nominal gerado pelos efeitos inflacionários
<i>Princípios da ordem econômica e social constitucional</i>	
Direito social à moradia	Verificado nas situações de isenção/redução da tributação dos lucros advindos das operações com imóveis residenciais ou de pequeno valor, da mitigação tributária na alienação dos imóveis que pertençam por longo período ao contribuinte e da isenção dos rendimentos na aplicação nos títulos representativos de créditos imobiliários
<i>Princípios do direito tributário</i>	
Praticabilidade da tributação	Presente nas disposições relativas à permuta quando permite ao contribuinte o diferimento da tributação.

<i>Crêterios informadores</i>	
Renda como acréscimo patrimonial	Ao tributar o ganho de capital que reflete acréscimo ao patrimônio do contribuinte
Renda líquida	Ao prever a possibilidade de dedução dos valores necessários � realização da alienação – como as comissões
Emparelhamento das receitas e das despesas	é atendido nas previsões que determinam o lançamento das receitas nas contas de resultados de exercícios futuros e do custo orçado Da mesma forma � aplicável nas opera�es de securitização de créditos não-nascidos
Realização da renda	Verificada no momento escolhido pela legislação para o pagamento do imposto relativo ao ganho de capital – quando do recebimento dos valores pelo contribuinte
Regime de caixa	Na mesma situação acima referida

CAPÍTULO X - FUNDOS DE INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS - FII

10.1. Evolução da tributação do FII

Os Fundos de Investimentos Imobiliários são mecanismos utilizados pelo mercado imobiliário e de capitais como forma de viabilizar determinados investimentos imobiliários mediante a captação de recursos junto a investidores e com a consequente execução do negócio proposto. Trata-se, assim, de um *veículo* que une os interesses dos investidores, que buscam rentabilizar seu capital com segurança e liquidez e os empreendedores imobiliários que, por sua vez, obtêm o capital necessário para o desenvolvimento dos projetos e negócios idealizados.³⁵⁷

São, assim, instrumentos que unem o mercado financeiro e o mercado imobiliário; há por tal razão um caráter híbrido nos FIIs, não são veículos puros de investimento financeiro, como os fundos de ações ou de renda fixa e, por outro lado, não se apresentam como uma empresa destinada à execução de uma incorporação, loteamento ou investimento em locação. Tal constatação acaba por influenciar a tributação dos FIIs que, com será analisado, por vezes são considerados instrumentos financeiros, por vezes, uma empresa imobiliária.

Conforme analisado no item 5.7. *Fundos de Investimentos Imobiliários*, estes veículos de investimento apresentam-se como um condomínio especial, não sendo dotados de personalidade jurídica, conforme previsão expressa do art. 1º da Lei nº 8.668/93.

Sob a óptica tributária, sua imposição é bastante atípica se comparados com a tributação dos instrumentos similares disponíveis no mercado financeiro. A imposição tributária

³⁵⁷ Vide item 5.7. Fundos de Investimentos Imobiliários.

desses veículos, dependendo do seu enquadramento, pode variar desde uma tributação integral das operações desenvolvidas pelo Fundo, a exemplo do que ocorre com uma pessoa jurídica, até sujeitar os rendimentos pagos aos investidores ao IR Fonte ou mesmo ter isenta parte ou totalidade da remuneração paga aos quotistas.

Se verificada a evolução da tributação, constata-se que os FII, enquanto veículos de investimentos imobiliários, não eram, *a priori*, tributados. Originalmente, estabeleceu-se um regime fiscal para os quotistas dos FII semelhante àquele outorgado para quotistas de fundos de ações, ou seja, a tributação ocorreria apenas no momento do resgate das quotas.

Não havia qualquer requisito para o gozo deste regime. Diante desta situação, os FII passaram a ser utilizados por diversas empresas do setor imobiliário para funcionar como um veículo para o desenvolvimento de suas próprias atividades, e não como um *veículo* de captação de recursos propriamente junto ao mercado financeiro e de capitais.

Em outras palavras, uma empresa constituía com recursos próprios um FII do qual era a única quotista, represando nele as receitas dos seus empreendimentos imobiliários que não sofriam qualquer imposição fiscal. A referida conduta gerou uma distorção na finalidade dos FII, originalmente criados como veículo para investimentos financeiros calcados em ativos imobiliários, que acabaram se tornando verdadeiros meios para diferimento da tributação das incorporadoras.

A fim de corrigir esta distorção, a Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, alterou a sistemática tributária aplicável aos fundos de investimento imobiliário.³⁵⁸

Determinou a citada lei a tributação, como pessoa jurídica, do fundo de investimento que aplicar seus recursos em empreendimentos imobiliários que tenham como incorporador, construtor ou sócio, quotista, ou pessoa a ele ligada, com mais de 25% das quotas do fundo.

Alternativamente, nos casos em que não se configure a participação relevante do incorporador, construtor ou sócio, ficou estabelecido que os FIIs estariam obrigados a

³⁵⁸ Hoje regulamentada pela IN SRF 25/01.

distribuir a seus quotistas no mínimo 95% dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral, devendo tais rendimentos ser tributados a uma alíquota de 20% pelo IRRF no momento de sua distribuição. Para os quotistas pessoas jurídicas, esta tributação deveria ser considerada antecipação do IRPJ devido, e para as pessoas físicas, como tributação exclusiva na fonte.

Estes dispositivos afastaram a distorção de finalidade dos FII mencionada anteriormente, mas também os tornaram uma opção de investimento financeiro muito pouco atraente no mercado, em virtude das regras de tributação na fonte a eles aplicáveis. A tributação semestral na fonte não se coadunava com a natureza de alguns dos empreendimentos imobiliários objeto de investimento dos FIIs, implicando um desincentivo à sua utilização como veículo de fomento de empreendimentos imobiliários.

Em outras palavras, as inovações tributárias trazidas pela Lei nº 9.779/99 não só impediram a utilização abusiva dos FII, mas também oneraram a sua utilização de acordo com as finalidades para as quais foram criados. Migrou-se, assim, de uma situação de desequilíbrio para outra.

Foi essa distorção trazida pela Lei nº 9.779/99 que o artigo 125, da Lei nº 11.196/05 procurou eliminar, no intuito de tornar os FII novamente uma alternativa viável de captação de recursos no mercado financeiro, quando utilizados de acordo com as finalidades para as quais foram legalmente criados.

Mediante alteração no artigo 3º, da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, o artigo 125 da Lei nº 11.196/05 isentou da tributação de imposto de renda na fonte (anteriormente incidente à alíquota de 20%) e na declaração de ajuste anual os rendimentos distribuídos pelos FII aos seus quotistas pessoas físicas, desde que preenchidas determinadas condições impostas pela mencionada lei.

Assim, seguindo uma tendência legislativa já verificada na tributação dos Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI, nas Letras de Crédito Imobiliário – LCI e nas Letras Hipotecárias – LH,³⁵⁹ a medida visa tornar, para o investidor pessoa física, o investimento

³⁵⁹ Conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 10.033/04.

financeiro em FII mais atraente do que outros tipos de investimento com tributação superior, como os de renda fixa (tributação pelo imposto de renda em alíquotas variando entre 15% e 22,5%, de acordo com o tempo de aplicação) e de renda variável (tributação de 15%).

10.2. A tributação vigente nos FII

10.2.1. A equiparação à pessoa jurídica – Lei nº 7.779/99

Conforme mencionado no item acima, a Lei nº 7.779/99 introduziu significativas alterações na tributação dos FII com vistas, sobre tudo, a afastar a possibilidade de sua utilização como meio para a redução da carga tributária incidente nas operações imobiliárias. Tais dispositivos encontram-se incorporados nos arts. 752 a 754 do RIR/99. Assim dispõe o art. 752:

“Art. 752. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos fundos de que trata este Capítulo, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto na fonte, observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação (Lei nº 8.668 de 1993, art. 16, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 1º).

§ 1º O imposto de que trata este artigo poderá ser compensado com o retido na fonte, pelo fundo de investimento imobiliário, quando da distribuição de rendimentos e ganhos de capital (Lei nº 8.668, de 1993, art. 16, parágrafo único, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 1º).

§ 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com

pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo (Lei nº 9.779, de 1999, art. 2º).”³⁶⁰

São duas as disposições de maior interesse nesse artigo: primeiro a determinação de sujeição do imposto de renda na fonte incidente sobre as aplicações financeiras de renda fixa ou variável, na forma do que ocorre com as pessoas jurídicas.

O tratamento tributário dispensado pelo *caput* do artigo acima transcrito não instituiu propriamente uma equiparação dos fundos às pessoas jurídicas, mas sim efetuou uma remissão à legislação aplicável a estas entidades. Assim sendo, os FIIs que investirem parte de seus recursos no mercado financeiro, diferentemente do que ocorre com os demais fundos de investimentos financeiros, terão retido o Imposto de Renda na fonte, a exemplo do que ocorre nas empresas.

A segunda disposição prevista no art. 752, § 2º diz respeito à tributação dos Fundos como pessoa jurídica se ocorridas determinadas situações. Trata-se, aqui, de verdadeira equiparação dos FIIs às pessoas jurídicas, mesmo que a lei não tenha se utilizado da palavra equiparação, mas sim da expressão *tributação aplicável às pessoas jurídicas*.

Há uma ficção legal efetuada pelo legislador ao considerar os Fundos, para efeito tributário, sujeitos à mesma tributação das empresas, com o objetivo de dispensar tratamento equivalente ao contribuinte que, mesmo sob outra forma, pratique a atividade similar à desenvolvida pelas empresas. Conforme anteriormente analisado,³⁶¹ a equiparação efetuada busca alcançar a justiça fiscal por meio da concretização do princípio da igualdade ao tratar de maneira equivalente os contribuintes que se encontram na mesma situação em relação às operações que desenvolvem.

Cumprir verificar se os requisitos impostos pela legislação, de fato, trazem a equivalência das operações desenvolvidas por determinados Fundos a aqueles levados a cabo pelas empresas do setor imobiliário.

³⁶⁰ Para efeito do §3º do art. 752, considera-se pessoa ligada ao quotista: a pessoa física; os seus parentes até o segundo grau; a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau; pessoa jurídica: a pessoa que seja controladora, controlada ou coligada

³⁶¹ Vide item 9.2.2. A equiparação hoje e sua natureza.

Implicará equiparação se o FII aplicar recursos em empreendimentos que tenham como quotista, com mais de 25% das quotas do Fundo: a) o incorporador; b) o construtor, ou c) o sócio do empreendimento imobiliário. Assim, se o FII, dentre seus quotistas, conta com o incorporador, construtor ou sócio, com mais de 25% deverá sujeitar suas operações ao recolhimento dos impostos devidos pelas pessoas jurídicas imobiliárias, em especial IR, CSL, PIS e COFINS.

Tal disposição atinge parcialmente os objetivos de limitação da utilização dos FIIs como instrumentos para a redução da carga fiscal dos empreendimentos imobiliários, pois reduz a participação, como quotistas, daquelas pessoas que seriam diretamente interessadas no desenvolvimento do empreendimento imobiliário. O incorporador, que planeja e desenvolve o empreendimento imobiliário, o construtor que o executa, não poderão participar com mais do que um quarto das quotas do fundo sob pena de arcar com os mesmo tributos que seriam devidos se o empreendimento imobiliário fosse desenvolvido por uma empresa.

No entanto, o legislador foi mais além e incluiu no rol do art. 752, elemento que potencialmente poderá gerar a equiparação, os sócios do empreendimento imobiliário objeto do desenvolvimento do FII. Não há uma definição legal da figura de *sócio de um empreendimento imobiliário*; quis o legislador atingir aquelas pessoas que de alguma forma participem do empreendimento e que não se enquadrem como incorporador ou construtor, mas que possuam interesse econômico no negócio imobiliário destinatário dos recursos do FII.

Merece crítica a referida disposição por ausência de clareza na definição do tipo legal que ensejaria a equiparação; a segurança jurídica necessária na relação entre o fisco e os contribuintes foi assim afetada.

Outro aspecto que deve ser destacado é o caráter transitório da equiparação do Fundo à pessoa jurídica, já que a razão que leva ao enquadramento pode desaparecer com a redução da participação do quotista-incorporador, construtor ou sócio. Ainda mais, o enquadramento pode ocorrer por um pequeno prazo, ou mesmo por um único dia e mesmo assim o FII deverá ser equiparado, para efeitos fiscais, à pessoa jurídica.

A legislação não é clara quanto à duração da equiparação, se definitiva ou transitória, diferentemente do que ocorre na equiparação da pessoa física-incorporadora ou loteadora à pessoa jurídica (vide item 9.2.2. A equiparação hoje e sua natureza). Naquela normatização, a despeito das críticas quanto à sua extensão, há a clara determinação da condição de início e término da equiparação. O mesmo não ocorre com a equiparação dos FIIs às pessoas jurídicas, o que leva a duas possibilidades de solução da questão: a) a equiparação é definitiva; ou b) a equiparação deve ocorrer somente no período em que se verificar o evento que deu ensejo à equiparação.

Parece ser a segunda solução a mais adequada ao sistema. Se a tributação dos FIIs é semestral, deve-se verificar dentro do referido período de tributação se o Fundo se encontra sujeito às regras de retenção na fonte de seu rendimento ou se deve ser equiparado à pessoa jurídica. Esta interpretação atende ao princípio da isonomia que acaba por justificar a equiparação da tributação, pois somente no período em que o FII é caracterizado como pessoa jurídica imobiliária é que sofrerá a tributação como tal.

É de se ressaltar que a restrição imposta não atinge aqueles fundos que possuem um ou mais quotistas com participação superior a 25%, desde que estes não participem, como incorporadores, construtores ou sócios do empreendimento imobiliário objeto do investimento do FII. Tal situação gera um tratamento privilegiado para estes veículos se comparado com a tributação incidente nas pessoas jurídicas, enquanto nesses veículos os lucros são tributados a alíquota de 20% (como será analisado no item a seguir), para as pessoas jurídicas o resultado é onerado em 34%, sendo ainda a receita objeto da tributação pelo PIS e pela COFINS.

10.2.2. A tributação na fonte dos rendimentos dos Fundos

Como regra geral os FIIs são isentos de tributação no que toca às receitas decorrentes dos negócios imobiliários efetuados; a equiparação acima analisada é um mecanismo que pretende impedir de certa forma que os Fundos sejam utilizados como empresas; trata-s,

portanto, de um tratamento excepcional, alheio à sistemática usual de tributação dos fundos de investimentos.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.779/99, reproduzido no art. 753 do RIR/99 que os rendimentos e ganhos de capitais distribuídos, apurados segundo o regime de caixa, sofrerão incidência do imposto de renda na fonte a alíquota de 20%. Trata-se, assim, de uma tributação que recai sobre os quotistas, a exemplo do que ocorre com os demais fundos de investimentos financeiros.³⁶²

O valor do imposto retido será definitivo ou considerado antecipação do devido conforme a natureza do quotista. Assim, as pessoas físicas ficaram sujeitas exclusivamente a alíquota de 20%, enquanto que as pessoas jurídicas, tributadas pelo lucro real ou presumido, considerarão o imposto retido como antecipação do devido. Os quotistas pessoas físicas poderão ser isentos da tributação de 20%, conforme será analisado no item 10.2.3. A isenção das pessoas físicas em investimentos em quotas de FIIs.

No parágrafo único do referido artigo consta a obrigatoriedade de distribuição semestral de no mínimo 95% dos lucros auferidos aos quotistas, apurados segundo o regime de caixa.³⁶³

A determinação de distribuição obrigatória semestral dos lucros visa evitar o diferimento indeterminado da tributação, já que o imposto de renda incide somente quando da efetiva distribuição dos rendimentos aos quotistas. Aplicou-se sistemática similar àquela vigente para os fundos de investimento caracterizados como renda fixa, sobre os quais periodicamente o imposto é cobrado dos quotistas por meio da redução do valor das quotas.³⁶⁴

Note-se que nos fundos de renda fixa não há a obrigatoriedade de distribuição dos rendimentos, há somente a cobrança do imposto de renda mediante a redução no valor das

³⁶² Atualmente a tributação sobre os fundos de investimento varia de 22,5% a 15% dependendo do prazo de duração do investimento, nos termos do art. nº da Lei nº 11.033/04.

³⁶³ Encontra-se assim redigido o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.779/99: “Parágrafo único. O Fundo deverá distribuir a seus quotistas, no mínimo, 95% (noventa e cinco por cento) dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano.”

³⁶⁴ A sistemática referida, conhecido como *come quotas* tem como base legal inciso I, do § 2º, do art. 1º da Lei nº 11.033/04, que prevê a cobrança semestral do imposto de renda a alíquota de 15% como adiantamento do devido quando do efetivo pagamento dos rendimentos ao quotista.

quotas dos quotistas. Nos FIIs, por outro lado, obriga-se a distribuição efetiva dos recursos para fazer frente ao pagamento do imposto.

Essa solução alcançada pela legislação é criticável, pois uma normatização de natureza fiscal interfere em questões de gestão e políticas de investimentos dos fundos imobiliários, na medida em que impossibilita outra destinação dos resultados apurados pelo FII, como por exemplo, o seu reinvestimento.

A razão que levou o legislador tributário a determinar a distribuição obrigatória dos resultados dos FIIs foi de cunho exclusivamente jurídico. O imposto de renda sobre os lucros somente pode ser exigido quando da sua distribuição efetiva, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido – ILL.³⁶⁵ Assim, a exigência de pagamento do IR Fonte antes da distribuição dos rendimentos aos quotistas poderia ser questionada, razão pela qual se determinou a efetiva distribuição dos lucros. Portanto, a despeito da crítica quanto à interferência em questões de ordem gerencial dos FIIs, a norma do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.779/99 encontra-se conforme o ordenamento jurídico aplicável ao imposto de renda, em especial a observância da disponibilidade econômica e jurídica da renda.

A sistemática imposta determina, ainda, que o lucro efetivamente distribuído seja calculado segundo o regime de caixa. Há, assim, mais uma questão relevante a ser observada, pois os lucros devem ser calculados e distribuídos segundo o regime de caixa, enquanto que os FIIs encontram-se sujeitos a normas e procedimentos contábeis baseados no regime de competência.

A imposição da tributação semestral dos lucros, em determinadas situações, pode implicar imposição de valores que não representam o lucro efetivamente auferido nas operações do FII. Considerar como lucro disponível aquele apurado pelo regime de caixa é simplicidade que não atende ao conceito de renda e que por tal razão deve ser revisto pelo legislador.

Sem alongar o tema pode-se verificar a situação de um FII que investiu em imóveis para futura locação; nesse caso o lucro calculado pelo regime de caixa considerará as receitas de

³⁶⁵ RE – 172058-1 – SC – Pleno – votação unânime.

locação recebidas reduzidas das despesas pagas como os custos de cobrança, comissões etc...; não considerará as despesas de depreciação do bem locado (por não serem financeiras), que impactam o resultado reduzindo o lucro do FII; nessa hipótese haverá um lucro distribuído e conseqüentemente tributado em valor superior ao lucro calculado segundo o regime de competência, que *in casu* melhor atende aos preceitos de renda disponível previstos no CTN.

Equipara-se, assim, a tributação dos FIIs aos fundos de investimentos considerados de renda fixa, onde há tributação periódica dos rendimentos. Merece, nesse aspecto, revisão a legislação, pois não se coaduna com a natureza das operações desenvolvidas pelos FIIs.

10.2.3. A isenção das pessoas físicas em investimentos em quotas de FIIs

Recentemente o art. 125 da Lei nº 11.196/05 isentou os rendimentos pagos às pessoas físicas quotistas dos FIIs que se enquadrem em critérios previstos na legislação e que assegurem um certo nível de pulverização e ausência de controle pelos quotistas.

Assim, ficam isentos da tributação exclusivamente na fonte os rendimentos pagos às pessoas físicas nos FIIs que: a) tenham as suas quotas admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado; b) que tenham, no mínimo, 50 quotistas; c) o quotista recebedor do rendimento não deve ser titular de 10%, ou mais, da totalidade das quotas emitidas pelo FII; d) o quotista recebedor do rendimento não deve ser titular de quotas que lhe dêem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% do total de rendimentos auferidos pelo fundo.

É clara a indução do legislador em incentivar os investimentos imobiliários efetuados pelas pessoas físicas beneficiando os investidores com a total isenção dos rendimentos auferidos nos FIIs. Ressalte-se que a isenção é integral na cadeia produtiva, ou seja, isenta-se o *veículo* e o rendimento pago aos quotistas, desonerando por completo, nesta hipótese, o investimento imobiliário.

Note-se, ainda, a preocupação do legislador em evitar a utilização abusiva do mecanismo de investimento, quando determina que nenhum quotista poderá ter mais do que 10% das quotas ou do direito de recebimento dos seus rendimentos.

10.3. Identificação das características e particularidades da tributação dos FIIs e princípios destacados

A tributação dos FIIs é bastante atípica, não encontrando parâmetro de comparação na legislação nacional. Sua imposição depende de fatos que ocorrem posteriormente à sua criação, sobretudo quanto à qualidade e quantidade de quotistas que deles participam. Sua tributação, portanto, não será sempre a mesma, deverá ser analisada periodicamente à medida que for alterada de forma substancial a posição dos seus investidores. As principais características são a seguir sintetizadas:

(i) os FIIs são veículos, sem personalidade jurídica, que tem como objetivo viabilização de investimentos no mercado imobiliário por meio da emissão de quotas a investidores interessados em aplicar parte de sua poupança em papéis que têm como lastro os mais variados modelos de empreendimentos imobiliários;

(ii) sua tributação usual assemelha-se, em parte, àquela dos demais fundos de investimento financeiro. Como regra geral os FIIs não são tributados no rendimento decorrente dos empreendimentos imobiliários executados, a imposição fiscal ocorre quando da distribuição dos lucros (rendimento das quotas) aos investidores. Há a determinação de distribuição semestral de no mínimo 95% do resultado do FII calculado pelo regime de caixa, determinação esta que não considera as especificidades de parte dos empreendimentos imobiliários objeto de investimento dos FIIs, já que nesses o lucro somente poderá ser conhecido no término dos referidos negócios;

(iii) a distribuição obrigatória semestral dos rendimentos dos FIIs, criticável sob o ponto de vista da sua interferência nas questões de gestão dos recursos dos Fundos, é elogiável sob o

aspecto da observância do conceito de renda disponível, pois o imposto somente é devido quando da efetiva disponibilização econômica e jurídica da renda;

(iv) o caráter híbrido desse veículo de investimento acaba por influenciar a legislação que não soube como adequar a imposição fiscal de modo a considerar tanto os aspectos financeiros como os imobiliários dos FIIs;

(v) excepcionalmente os FIIs são equiparados, para efeitos fiscais, às pessoas jurídicas, quando são organizados como uma empresa, descaracterizando-os como *veículos* de investimento. Tal fato ocorre quando o fundo investir seus recursos em empreendimento no qual o quotista com mais de 25% de participação seja incorporador, construtor ou sócio do negócio investido. A equiparação atende ao princípio da igualdade, pois atribui o mesmo tratamento fiscal a contribuintes que se encontram em situação similar;

(vi) a regra que concretiza a equiparação é mal redigida, primeiro por utilizar a expressão *sócio* do empreendimento imobiliário, definição imprecisa sujeita a várias interpretações. Não foi, assim, observado o princípio da segurança jurídica que demanda clareza na imposição tributária. Segundo, por deixar vago o momento da caracterização da equiparação e do seu término, o que merece a mesma crítica acima efetuada;

(vii) a terceira forma de tributação dos rendimentos dos FIIs prevê a isenção dos rendimentos distribuídos aos quotistas pessoas físicas quando os Fundos atinjam um certo nível de diluição e de ausência de controle concentrado, o que induz o contribuinte a optar por este tipo de investimento em detrimento de outros mais tributados.

A tributação dos FIIs é matéria que transita entre dois sistemas tributários, o imobiliário e o financeiro, suas disposições encontram fundamentos econômicos em ambos os setores econômicos, razão pela qual se considera como parte integrante do sistema tributário imobiliário com a ressalva da intersecção deste com as regras que tratam da tributação financeira. A seguir apresentam-se os princípios e critérios que foram observados na análise das normas que regem a tributação dos FIIs:

a) a tributação dos FIIs concretiza o princípio da igualdade, em especial quando há a previsão de sua equiparação às pessoas jurídicas e, por outro lado, provoca a desoneração das receitas próprias auferidas pelos Fundos na consecução do seu objeto;

b) constata-se claro exemplo de indução ao mercado imobiliário na isenção do rendimento de determinados quotistas pessoas físicas, em reconhecimento à importância do investimento imobiliário como grande gerador de empregos e como principal meio para a obtenção de moradia. Atendido, portanto, os ditames constitucionais do art. 6º e do inciso VIII, do art. 170 da Constituição Federal.

c) a determinação de distribuição semestral dos rendimentos do fundo atende à determinação de cobrança do imposto de renda somente sobre a renda disponível.

Abaixo, apresenta-se quadro sinóptico que possibilita a visualização dos princípios e critérios informadores acima mencionados:

<i>Princípios constitucionais</i>	
Igualdade	Ao equiparar o tratamento de determinados FII às pessoas jurídicas.
<i>Princípios da ordem econômica e social constitucional</i>	
Direito social à moradia	Atendido na isenção de determinados rendimento das quotas dos FIIs detidas por pessoas físicas.
Busca ao pleno emprego	Atendido na mesma situação acima descrita.
<i>Princípios de direito tributário</i>	
Disponibilidade econômica e jurídica	Quando prevê a distribuição obrigatória de 95% dos rendimentos dos fundos imobiliários.

CAPÍTULO XI – O SISTEMA TRIBUTÁRIO DA RENDA IMOBILIÁRIA

11.1. Identificação do sistema tributário da renda imobiliária

Verificou-se nas análises efetuadas nos capítulos precedentes a possibilidade de extração de valores comuns constantes nas normas que versam sobre a tributação da renda imobiliária, valores estes que fundamentam a imposição da renda imobiliária e que direcionam o intérprete e o legislador para o encontro do fim objetivo da referida ordem jurídica parcial.

A formação ou mesmo a identificação de um subsistema normativo foi guiada pela certeza de que os textos isolados destacados de um sistema não poderiam expressar de forma adequada seu significado.³⁶⁶ Viu-se, assim, que o conhecimento das normas que possuem substrato econômico semelhante e, conseqüentemente, valores comuns compartilhados, é um instrumento poderoso de auxílio na interpretação legislativa.

A escolha de valores pelo legislador mostrou-se clara em diversas oportunidades, quando, por exemplo, privilegiou a escolha da tributação com base no regime de caixa para as empresas optantes da tributação presumida, ou quando criou diversos mecanismos para a imposição do lucro efetivo na venda das unidades imobiliárias sob o regime de incorporação, mesmo antes de incorridos os custos para a produção do bem.

Esses valores limitam o legislador e guiam o intérprete na aplicação das normas que compõem o sistema.³⁶⁷ A coerência que passa a ser exigida a partir da identificação dos

³⁶⁶ Conforme GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 4. ed., cit.

³⁶⁷ Conforme LARENZ, Karl, op. cit.

fundamentos do sistema não é mais um mero requisito da boa técnica legislativa, mas sim uma demanda do princípio da igualdade.³⁶⁸

Viu-se concretamente que o legislador por diversas vezes foi racional,³⁶⁹ quando de forma consciente editou normas coerentes com as demais disposições do sistema e os valores maiores escolhidos. Como exemplo, cite-se a tributação das receitas financeiras oriundas do autofinanciamento na venda de bens imóveis como receita operacional, o que foi objeto, precursoramente, de disposição expressa quando da regulamentação do Regime Especial de Tributação – RET do patrimônio afetado, para um ano depois vir a integrar a legislação do lucro presumido.

O exemplo acima demonstra também a relação entre as normas do sistema, que evoluíram de um relacionamento formal para um relacionamento substantivo, onde dispositivos *apreendidos* em um determinado regramento eram transmitidos para outro em que se verificava uma situação similar.

A *ordenação interior* e a *unidade de sentido*³⁷⁰ exigidas para a formação de um sistema dotado de certo grau de autonomia foram verificadas nas análises efetuadas. Assim é que a adequação valorativa e teleológica das normas pôde ser encontrada em vários dispositivos, tais como a equiparação, para fins de tributação da renda, das empresas de desenvolvimento urbano às pessoas jurídicas que efetuem a venda de imóveis ou, ainda, a equiparação das pessoas físicas que promovam atividades de loteamento ou incorporação às pessoas jurídicas.

No mesmo sentido, constatou-se a existência de princípios gerais que trouxeram uma conexão aglutinadora entre as normas que versam sobre a tributação da renda imobiliária, caracterizando a necessária unidade de sentido demandada por um sistema normativo. Veja-se, ainda, nesse sentido a constante atenção ao critério informador da realização da renda, tanto nas disposições que tratam da tributação das vendas de imóveis com cláusula suspensiva, como nas disposições da tributação do ganho de capital das pessoas físicas.

³⁶⁸ Conforme TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e idéia de sistema no direito tributário, cit., p. 520.

³⁶⁹ Conforme FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 1991, cit., p. 254-255.

³⁷⁰ Conforme GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 22.

Observou-se, ainda, a atenção freqüente das normas analisadas aos princípios econômicos e sociais constantes da Constituição Federal. Dentre eles foram privilegiados o direito à moradia, o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, a livre concorrência e a busca ao pleno emprego. Tais valores justificam a adoção de tratamentos diferenciados em várias situações. Como exemplo, as isenções aplicáveis à tributação do ganho de capital das pessoas físicas na venda de imóveis residenciais, ou, ainda, a determinação da forma de cálculo do lucro presumido nas atividades de venda de imóveis.

Antes de adentrar propriamente na apresentação do sistema tributário da renda imobiliária, constatou-se que o substrato econômico das relações desenvolvidas entre os agentes que participam do setor imobiliário foi o grande motor para a edição de normas e princípios específicos que regem a tributação no referido setor. A especificidade e complexidade das relações jurídicas demandaram um esforço adicional do legislador em buscar adaptar a tributação da renda às mais diversas situações verificadas no mercado imobiliário. Como exemplo pode-se citar a criação do Regime Especial de Tributação – RET, ou a faculdade de utilização do custo orçado para a apuração do lucro nas vendas de imóveis vendidos sob o regime de incorporação imobiliária.

Mas nem todas as normas se encontram em perfeita harmonia com os valores e mesmo com as demais normas que compõem o sistema estudado. Atribui-se tal fato às influências de ordem política na tributação, que por vezes provocam um distanciamento dos princípios fundamentais, a fim de regular determinada situação específica. Foram várias as críticas efetuadas à legislação no curso do presente trabalho, tais como a tributação presumida da locação de imóveis, ou a regulamentação da tributação dos Fundos de Investimentos Imobiliários quando participantes o incorporador, o sócio ou o construtor.

11.2. Apresentação dos princípios e critérios que compõem o sistema tributário da renda imobiliária

Antes de iniciar o destaque dos princípios e critérios informadores que fundamentam a tributação da renda imobiliária deve-se ter em mente que o sistema jurídico objeto do

recorte metodológico apresentado recebe a interferência, em maior ou menor grau, de todos os princípios constantes da ordem tributária. E não poderia ser de forma diversa, o sistema apresentado é informado pelos princípios da legalidade, igualdade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, dentre outros.

O que se pretende apresentar são os princípios e critérios informadores que *surgiram* da análise das normas de tributação da renda imobiliária, fundamentos estes que trouxeram a condição de organizar e aglutinar de maneira particular as normas jurídicas analisadas. Esse foi o critério para a escolha dos princípios e critérios que serão expostos.

Não se deve perder de vista o fato de que vários dos sub-princípios,³⁷¹ na expressão de Klaus Tipke, ou como se classificou nesse estudo – princípios de direito tributário e critérios informadores – são concretizações dos princípios maiores, em sua maioria constantes da Constituição Federal.

Ainda, na identificação dos princípios e critérios informadores foram observados os fatores que os elevam a essa condição, em especial os critérios da generalidade, quantitativo, da interpretação, da proximidade com a idéia de direito, fundamentais na distinção entre norma e princípio.³⁷²

A identificação dos princípios jurídicos é vital para a caracterização da unidade do sistema; sua busca deve pautar-se pela descoberta dos valores fundamentais da ordem jurídica analisada, pois só assim aqueles valores singulares podem conectar-se de maneira orgânica, alcançando o grau de generalização necessário à percepção da unidade do sistema.

Passa-se, assim, à apresentação dos elementos que moldam o sistema tributário da renda imobiliária:

1.1. Princípio da Igualdade

³⁷¹ Expressão utilizada por TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. op. cit., v. 1, p. 172.

³⁷² Vide item 2.4. *Os Princípios no estudo dos sistemas – identificação e importância.*

Como anteriormente citado, a igualdade na visão de Klaus Tipke é a concretização da idéia de justiça que somente pode ser alcançada por meio da estruturação das normas em um sistema jurídico.³⁷³ A igualdade, portanto, está presente em todos os sistemas jurídicos, isto não impede, no entanto, a sua identificação concreta em diversas situações regulamentadas pelas normas que regem a tributação da renda imobiliária, constituindo-se, assim, em um princípio fundamental do sistema, pois traz a necessária conexão aglutinadora às referidas normas.

Nesse sentido, citam-se as normas que versam sobre a tributação do lucro real das empresas do setor imobiliário, as quais objetivam dispensar o mesmo tratamento aplicável às demais pessoas jurídicas para as empresas do referido setor; da mesma forma verifica-se da busca a igualdade quando o ordenamento aplica a mesma tributação às empresas de loteamento urbano que destinada às empresas que vendem imóveis.

1.2. Princípio da capacidade contributiva

Da mesma forma que ocorre com a igualdade este é um princípio que informa toda a tributação. A proximidade com a idéia de direito é critério de destaque na compreensão e identificação da sua presença nas normas analisadas. É assim que parte essencial da tributação do lucro presumido das atividades de venda, incorporação e loteamento é por ele informada, em especial no que toca à determinação dos percentuais de presunção.

A generalidade do princípio é verificada quando os mesmos fundamentos são utilizados para a determinação da tributação do regime especial tributário do patrimônio de afetação, os quais acabam por refletir uma carga tributária praticamente idêntica à verificada na imposição presumida.

A capacidade contributiva permeia outras normas aplicáveis à tributação do ganho de capital das pessoas físicas tanto no que tange à atribuição das alíquotas incidentes nessas operações, como à permissão de aplicação do fator de redução para o cálculo do lucro imobiliário.

³⁷³ Conforme TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, cit., p. 60-70.

2.1. Direito social à moradia

O direito social à moradia é freqüentemente observado pelas normas que tributam a renda imobiliária é, entre os princípios da ordem econômica e social da Constituição Federal, o que mais inspirou normas e mecanismos de tributação.

A isenção do ganho de capital na venda de imóveis vinculado ao reinvestimento no mercado imobiliário residencial é exemplo claro de mecanismo inspirado no direito social à moradia.

2.2. Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e a livre concorrência

Tratam-se de dois princípios da Constituição Econômica que dão fundamento a algumas disposições normativas da tributação da renda imobiliária. São princípios correlacionados às situações objetivas verificadas. Assim, a tributação presumida atribui um tratamento favorecido para as empresas de pequeno e médio porte possibilitando, conseqüentemente, uma maior concorrência pelo aumento do número de agentes econômicos competindo no mercado imobiliário.

2.3. Defesa do consumidor

O mercado imobiliário tem como principal destinatário de seus produtos o consumidor final. É de se esperar, portanto, que as normas que regulamentam os negócios desenvolvidos no setor se preocupem com a defesa dos interesses dos consumidores. Como conseqüência, as normas tributárias também acabam por considerar esta relação.

Nesse sentido, vislumbra-se a tributação especial do patrimônio de afetação que introduziu mecanismos que limitam a responsabilidade tributária dos promitentes-compradores de unidades imobiliárias em caso de falência ou inadimplemento do incorporador.

3.1. Geração de riqueza nova

Classificado como princípio do direito tributário por ter a sua origem direta do Código Tributário Nacional, é um valor que informa toda a tributação da renda imobiliária.

De forma mais ou menos presente consta do fundamento de toda a imposição da renda imobiliária; pode-se verificar claramente a sua influência nas disposições que versam sobre a tributação da renda das incorporadoras e loteadoras sujeitas ao lucro real, na medida em que afasta a imposição pelo regime de caixa para tributar o lucro somente quando efetivamente apurado pelas referidas empresas.

A verificação em uma grande quantidade de normas e a possibilidade da sua aplicação em vários graus de concretização colocam a geração de riqueza nova como importante princípio do sistema tributário da renda imobiliária.

3.2. Disponibilidade econômica e jurídica da renda

A exemplo do que ocorre com a geração de riqueza nova, a disponibilidade econômica e jurídica da renda é princípio que tem sua origem no art. 43 do CTN. Sua observância é necessária por todas as normas do sistema, no entanto foi possível verificar situações onde se destacou como princípio inspirador maior de determinadas normas.

A determinação de diferimento da tributação das empresas de incorporação é baseada na atenção à disponibilidade econômica e jurídica da renda, o que ocorre igualmente com a determinação do tratamento aplicável às vendas de imóveis com cláusulas suspensivas.

3.3. Praticabilidade da tributação

A praticabilidade da tributação não consta como princípio positivado, é, no entanto, valor que fundamenta toda a matéria tributária, por tal razão é classificado como um princípio de direito tributário.

No setor imobiliário a praticabilidade informa várias disposições do sistema, assim é que o lucro presumido encontra espaço de destaque na tributação da renda imobiliária, o mesmo ocorre com o RET, ambas sistemáticas que privilegiam a simplicidade da sua forma de apuração.

4.1. Renda como acréscimo patrimonial

Optou-se por utilizar uma terceira classificação de valores que fundamentam o sistema. Os critérios informadores têm aplicação, em sua maioria, restrita à tributação da renda; são também valores que não necessariamente devem ser compulsoriamente atendidos, ou seja, é uma opção do legislador utilizá-los ou não como fundamento das normas.

Nesse sentido, a renda como acréscimo patrimonial é uma recomendação aplicável à tributação da renda, já que a renda como produto de uma fonte permanente também pode ser objeto de imposição. Mostrou-se presente nas disposições que versam sobre a tributação do lucro real das pessoas jurídicas, bem como na determinação de percentuais adequados para a determinação do lucro presumido e, mesmo na imposição da renda das pessoas físicas, quando da determinação do abatimento das comissões para apuração do ganho de capital na venda de imóveis.

4.2. Regime de caixa

O regime de caixa é critério presente em praticamente toda a tributação da renda imobiliária; quando não se encontra atendido é justamente para diferir o imposto mesmo quando recebidos os valores, o que se verifica em situações de contratação de venda de imóveis com cláusulas suspensivas ou de alienação no regime de incorporação imobiliária.

Assim, pode-se afirmar que é um critério mínimo de tributação afastando por completo a imposição fiscal com base no regime de competência. Sua presença é mais aparente nas normas que versam sobre a tributação presumida e na imposição do ganho de capital das pessoas físicas.

4.3. Emparelhamento das receitas e das despesas

O Emparelhamento das receitas e das despesas é um critério intimamente relacionado com o princípio de tributação da renda como geração de riqueza nova. Viu-se sua presença na previsão das disposições de utilização do custo orçado e na previsão para o diferimento da receita de vendas por meio do seu lançamento na conta de resultados de exercícios futuros.

Interessante notar que a sua aplicação como critério informador do sistema fundamenta a solução de questões não expressamente reguladas pelas normas impositivas, é o exemplo da tributação da securitização de créditos não nascidos.

4.4. Realização da renda

O critério informador da realização da renda decorre da determinação do fato gerador do imposto de renda, em especial da disponibilidade econômica e jurídica de renda. Em determinadas situações melhor fundamenta a imposição fiscal por esclarecer o momento exato da disponibilidade.

Serve, assim, para a definição da tributação em situações especiais tais como o momento do pagamento do imposto de renda sobre o ganho de capital das pessoas físicas e da definição das cláusulas ditas suspensivas que podem ou não gerar o diferimento da tributação.

4.5. Renda líquida

A recomendação da tributação da renda líquida aplica-se corriqueiramente ao cálculo do imposto de renda pela sistemática do lucro real, está assim presente em toda a normatização aplicável. Tem o devido destaque na permissão de dedução de valores no cálculo do ganho de capital e nos abatimentos dos rendimentos de aluguéis auferidos pelas pessoas físicas.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; YAMASHITA, Douglas. Norma antielisão: tributação de lucros no exterior. Disponibilidade de renda e tratados internacionais. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2. p. 893-918.

AMARO, Luciano da Silva. Conceito e classificação dos tributos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 55, p. 239-296, abr./jun. 1991.

_____. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 480 p.

_____. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 343-409. (Caderno de pesquisas tributárias, v. 11).

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: SINAFRESP, 2000.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Efeitos tributários da Lei n. 11.639/07*. São Paulo: Ed. do Autor, 2008. 128 p.

ANDREWS, William D. The achilles' heel of the comprehensive income tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 205-208.

_____. Personal deductions in an ideal income tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 277-282.

ARDANT, Gabriel. *Histoire de l'impôt*: livre II. Paris: Fayard, 1972.

ARNOLD, Brian J. Major structural themes in the taxation of controlled foreign corporations. *Canadian Tax Paper*, Toronto, n. 78, 1986.

ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira de. *Lucros extraordinários e imposto de renda*. São Paulo: Martins, 1944.

ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 51, de 14.02.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 630 p.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Colaboração de Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BANKMAN, Joseph; GRIFFITH, Thomas. Social welfare and the rate structure: a new look at progressive taxation. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 121-128.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 99-125.

BASTABLE, C. F. *Public Finance*. 3. ed. London: Macmillan, 1903.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1972.

BELTRAME, Pierre. *Os sistemas fiscais*. Coimbra: Almedina, 1976. 216 p.

BERCOVICI, Gilberto. Aspectos constitucionais da integração econômica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 33, p. 181-195, mar. 2002.

_____. *A constituição de 1988, o Estado brasileiro e o desenvolvimento*. São Paulo: Carta Brasileira, 2003.

_____. Percalços da formação do federalismo no Brasil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 32, p. 39-58, ago./nov. 2001.

_____. O planejamento e a constituição de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun.1999.

_____. Teoria do estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 263-290.

BERLIRI, Antonio. *Principi di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1.

BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Campus; Elsevier; FGV, 2004. 560p.

BLUM, Walter J.; KALVEN, Jr. Harry. The uneasy case for progressive taxation. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 112-120.

BM&FBOVESPA. *Classificação setorial das empresas e fundos negociados na Bovespa*. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/ClassifSetorial.zip>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cisso e Maria Celeste C. L. Santos 4. ed. 2. reimpr. Brasília: Ed. da UNB, 1991. 184 p.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9. ed. São Paulo: Renovar. 2004. 581 p.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

BOUCHER, Hércules. *Estudos de imposto de renda e lucros imobiliários*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. 329 p.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. Trad. Sérgio Micele, Silvia de Almeida Prado, Sônia Nicele Wilson Campos. São Paulo: Perspectiva, 1987.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Org. Juarez de Oliveira. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 362 p.

_____. MINISTERIO DA FAZENDA. *Código Tributário Nacional*: atualizado até 11.01.2005. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. 1088 p.

BRITO, Edson Vianna de. *Imposto de renda: Lei 8.981 de 20 de janeiro de 1995: as novas regras de tributação*. São Paulo: Frase, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425.

CABRAL, Antonio da Silva. *Tributação das operações imobiliárias: equiparação da pessoa física à pessoa jurídica na legislação do imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978. 335p.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Controle do mercado por via de tabelamento. *Revista da Universidade Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 23-27. 1992.

CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de; PINTO, Cláudia Saavedra. *Créditos futuros, titularização e regime fiscal*. Coimbra: Almedina, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANELLOS, Peter C. General report. *Cahiers de droit fiscal internationa*. The Netherlands: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. v. 90b, p. 23-47. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1214 p.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1461 p.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 33-40.

_____. Causa das obrigações fiscais. In: CARVALHO, J. M. de Carvalho; DIAS, José de Aguiar (Dir.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 8. p. 2-25.

_____; COUTINHO, Fábio de Sousa. O princípio da legalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da legalidade*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. p. 289-323. (Caderno de pesquisas tributárias, v. 6).

_____; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 1-44.

CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; MCCOUCH, Grayson M.P. *Federal income tax anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 2003. 651p.

CARRAZZA, Roque Antônio. Imposto sobre a renda sua não-incidência sobre indenizações recebidas. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1. p. 593-630.

_____. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. 551 p.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.]. 416 p.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 431p.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. *IRPJ: teoria e prática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000. 703 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. 374 p.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O instituto da isenção como instrumento de extrafiscalidade. *Projeção: revista brasileira de tributação e economia*, Brasília, ano. 1, n. 11, p. 32-38, out. 1976.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: artigos 138 a 205*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, 824 p.

_____. Imposto de renda: conceituação no sistema tributário da carta constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 188-196, jul./set. 1967.

_____; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. 552 p.

CATURELLI, Emerson. *Arbitramento do lucro no lançamento do imposto sobre a renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 190 p.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliário*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005. 501p.

_____. *Negócio fiduciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia: instrumentos de proteção contratual e patrimonial: propriedade fiduciária, patrimônio de afetação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 236 p.

CHANCELLOR, Thomas. Imputed income and the ideal income tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 142-149.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O imposto de renda: progressividade: situação na Europa dos doze (CEE): comparação com o Brasil: rudimentos para uma reforma tributária

justa e eficaz. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 146-153.

COHEN, E.P.S. Reflections on the U.S. progressive income tax: its past and present. *Virginia Law Review*, v. 62, p. 1317-1335, 1976.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar. Integração das leis tributárias. In: COSTA, Alcides Jorge (Coord.). *Direito tributário atual*. São Paulo: IBDT; Dialética, 1998. v. 15, p.79-96.

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

CORREA, Walter Barbosa. Subsídios para o estudo da história legislativa do imposto de renda no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 247-260.

CORS MEYA, F. Javier. Las tasas en el marco de un sistema tributario justo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 12, n. 43, p. 53-68, jan./mar. 1988.

COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 15, n. 55, p. 297-302, jan./mar. 1991.

_____. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 19-31.

_____. Natureza jurídica dos empréstimos compulsórios. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 70, p. 1-11, out./dez. 1962.

_____. Rendimentos auferidos no exterior por pessoa jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. Colaboração de Andre Martins de Andrade et al. São Paulo: Dialética, 1996. p. 11-15.

_____; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Direito tributário atual*. São Paulo: IBDT; Dialética, 2007. v. 21, 382 p.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária, exeqüibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

_____. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 268 p.

DEL MAR, Carlos Pinto; RIZKALLAH JÚNIOR, Alfredo. *Considerações jurídicas e aspectos práticos da alienação fiduciária de coisa imóvel*. São Paulo: Del Mar, Mônaco, Rizkallah, Goldenberg, Moherdau & Advogados Associados, 1998.

DERZI, Misabel A. M. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria A. M (Coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 255-265.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972. 232 p.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s.d.]. 394 p.

EVANS, Thomas L. The realization doctrine after cottage savings. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 221-223.

FALCÃO, Amílcar . *Introdução ao direito tributário*. Atualização por Flávio Bauer Novelli. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 140 p.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Proposta de Política Industrial para a Construção Civil – Edificações*, FIESP, out. 2008.

FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). *Alterações tributárias da MP do bem: lei 11.196/05: MP 255*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 374 p.

FERNANDÉZ, Eduardo Garcia, et al. *Manual do contador sobre imposto de renda: pessoa jurídica*. São Paulo: Atlas, 1979. 423 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. 111p.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1980. 219 p.

_____. Guerra fiscal, fomento e incentivo na constituição federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 275-285.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 181 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. Tasas y precios públicos: la nueva parafiscalidad. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, n. 64, p. 485-518, out./dez. 1989.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. 833 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. 211p.

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

GALLOIS, Nei Simões Pires, Enquadramento do serviço de guindaste no lucro presumido. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 29, p. 215-226, jan./fev. 2005.

GARCIA BELSUNCE, Horácio A. *El concepto de credito en la doctrina y en el derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967. 312 p.

GARCIA MULLIN, Roque. Tratados impositivos entre países desarrollados y países en desarrollo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 23/24, p. 26-36, jan./jun. 1983.

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

GIFFITH, Thomas D. Theories of personal deductions i the income tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 287-291.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GOMES, Marcus Lívio. El principio de la territorialidad, el principio de la fuente y el principio del pago. La tributación de los servicios internacionales prestados por no residentes sin establecimiento permanente. Análisis de las normativas española y brasileña. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 891-929.

GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. *Tributação das operações imobiliárias*. São Paulo: Quarter Latin, 2007. 358 p.

GORINI, Bruno. La causa giuridica dell'obbligazione tributaria. *Rivista Italiana di Diritto Finanziario*, Milano, p. 161-195, 1940.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997. 362 p.

_____. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

GRECO, Marco Aurélio. Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para sua Criação. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 9-31.

_____. Crise do imposto sobre a renda na sua feição tradicional. In: REZENDE, Condorcet (Org.). *Estudos tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 417-431.

_____. A destinação dos recursos decorrentes da contribuição de intervenção no domínio econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 104, p.122-40, maio 2004.

_____. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. 495 p.

_____. Procedimentos de desconsideração de atos ou negócios jurídicos – o parágrafo único do artigo 116 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 127-143, dez. 2001.

GRIZIOTTI, Benvenuto. Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Padova, p. 372-385, 1939.

GROSSFELD, Bernhard. International financial reporting standards: European Corporate Governance. In: O DIREITO do balanço e as normas internacionais de relato financeiro. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 11-50.

_____; BRYCE, James. A brief comparative history of the origins of the income tax in great britain, Germany and the United States. *The American Journal of Tax Policy*, v. 2, p. 211-251, [s.d.].

GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1996. 284 p.

GUNN, Alan. The case for an income tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 564-568.

HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. The flat tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 631-636.

HERRERA MOLINA, Pedro. Aspectos internacionales del impuesto sobre la renta y capacidad económica. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 831-862.

_____. *Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2000. 420 p.

HIGUCHI, Fabio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki; HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 32. ed. São Paulo: IR Publicações, 2007. 915 p.

HOLMES, Kevin. *The concept of income: a multidisciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2001. 614 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA. *Pesquisa anual da construção civil*. v. 16, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/paic/2006/paic2006.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2008.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ISENBERG, Joseph, The end of income taxation. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 573-574.

IUDÍCIBUS, Sérgio; MARION, José C. *Introdução à teoria da contabilidade*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedade*. São Paulo: Atlas, 2008. 569 p.

_____; _____. *Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedade*. São Paulo: Atlas, 2003. 569 p.

_____; _____. *Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedade*. São Paulo: Atlas, 2008. supl., 63 p.

JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Editorial Cangallo, 1985.

_____. *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ, F. Los fines de los tributos. In: *Comentarios a la ley general tributaria y lines para su reforma*, libro-homenaje al profesor Sainz de Bujanda. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991. v. 1, p. 447-458.

JENKINS, Glenn P.; LAMECH, Ranjit. *Green taxes and incentive policies: an international perspective*. San Francisco: ICS, 1994.

KANT, Emmanuel. *Doutrina de direito*. São Paulo: Ícone, 1993. 224p.

KAVELAARS, Peter. Accrual versus realization. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005. p. 127-146.

KELMAN, Mark G. Personal deductions revisited: why they fit poorly in an 'ideal' income tax and why they fit worse in a far from ideal world. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1997. p. 283-287.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 371 p.

KORNHAUSER, Marjorie E. The rhetoric of the anti-progressive income tax movement: a typical male reaction. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 132-139.

KRUSE, Heinrich W. Semelhanças e diferenças na tributação da renda no Brasil e na Alemanha. In: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 315-329.

LAFER, Celso. Prefácio. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1999.

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRACA, Nilton. *Direito tributário: imposto de renda das empresas*. Atualizada até 31 de dezembro de 1999, por Rutnéia Navarro Guerreiro e Sérgio Murilo Zalona Latorraca. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 742 p.

LEMGRUBER, Andréa. A tributação do capital: o imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto sobre operações financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 206-215.

LEONETTI, Carlos A. *Imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *As demonstrações financeiras das sociedades anônimas: e noções de contabilidade para advogados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LONGO, Carlos Alberto. *Em defesa de um imposto de renda abrangente*. São Paulo: Pioneira, 1984.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Direitos reais: à luz do código civil e do direito registral*. São Paulo: Método, 2004. 416 p.

_____. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre o imposto de renda: em memória de Henry Tilbery*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 107-124.

MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva. 1984. 579 p.

MACHADO, Hugo de Brito. O âmbito constitucional do tributo e alguns dispositivos da Lei nº 9.249, de 26/12/95. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. Colaboração de Andre Martins de Andrade et al. São Paulo: Dialética, 1996. v. 1.

_____. Os impostos imobiliários e a alteração da lei civil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 85, p. 56-61, out. 2002.

MACHADO, Sérgio Approbato. *As demonstrações financeiras e a lei das S.A.* São Paulo: Resenha Universitária, 1977. 394 p. (Sociedade por ações. Estudo, n.6)

MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Torino: Unione Tipografico-Torinese, 1970.

MARCOVITCH, Jacques; SBRAGIA, Roberto; STAL, Eva; TERRA, José Cláudio. *Instrumentos de indução à inovação tecnológica: uma avaliação dos incentivos fiscais*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1990.

MARSH, Donald B. The taxation of imputed income. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 140-142.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2, t. 2.

_____; SANTOS, Joaquim Penalva. *Título de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 533 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: questões pontuais do curso da APET*. São Paulo: MP Ed., 2006. 343 p.

_____; _____.; EALI, André (Coord.). *Principais aspectos da Lei 11.196/05, a “MP do Bem”*. Alessandro Barreto Borges et. al. Rio de Janeiro: MP Ed., 2006. 247 p.

MARTINS, Natanael. A reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Lei 11.638/2007 e seus impactos na área tributária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v.40, abr./jun. 2008.

MARTINS, Ricardo Lacaz; VETTORI, Gustavo Gonçalves. O impacto da Lei nº 11.196/05 no setor imobiliário. In: FERNADES, Edison Carlos (Coord.). *Alterações tributárias da MP do Bem: Lei 11.196/05 – MP 255*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 321-374.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a tributação de ganho de capital*. 1972. 184 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1972.

McCAFFERY, Edward J. Tax policy under a hybrid income-consumption tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1997. p. 568-572.

MÉLEGA, Luiz. O poder de tributar e o poder de regular. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). *Direito tributário atual*. São Paulo: Resenha Tributária, 1987/1988. v. 7/8, p. 1771-1813.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. 1053p.

MELLO, Gustavo Miguez de. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: alguns aspectos relevantes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 157-244. (Caderno de pesquisas tributárias, v. 11).

_____. Política fiscal: finalidades da tributação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 31-42, jul./set. 1979.

MELO, José Eduardo Soares de. Contribuições sociais: lineamentos jurídicos. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2, p. 701-738.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. t. 1 e t. 2.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

MOSCHETTI, Francesco. *Il principio della capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1973.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996. 142 p.

_____. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1998. 303p.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças públicas: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

MUTÉN, Leif. Treatment of capital gains and losses – a response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005. p. 217-221.

NABAIS, José Casalta. *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código civil e legislação civil em vigor*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEPOMUCENO FILHO, Fernando. *Custos e contabilidade na atividade imobiliária da construção civil*. São Paulo: Thomson IOB, 2004. 496 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NEUMARK, Fritz. Der aufstieg der Einkommensteuer: Entstehung und Entwicklung der direkten Besteuerung. In: SCHULTZ, Uwe (Org.). *Mit dem Zenhten fing es an*. München: Beck, 1986. p. 232-244.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A disponibilidade econômica ou jurídica para os efeitos da incidência. In: *Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. p. 137-190.

_____. Da interpretação e da aplicação das leis tributárias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963. 143 f. (Tese para concurso à livre docência da cátedra de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

OFFERHAUS, Klaus. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Zuflussprinzip. *Steuer und Wirtschaft*, Köln, n. 4, p. 317-323, 2006.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Arts. 79 a 137. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo: arts. 79 a 137*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

_____. As contribuições parafiscais no sistema tributário nacional e a moralidade fiscal. In: REZENDE, Condorcet (Org.). *Semana de estudos tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 301-321.

_____. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade abeta, afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Breves comentários sobre a Lei nº 11.1638 e suas implicações no âmbito tributário*. Disponível em: <www.advocaciamarizdeoliveira.com.br>.

_____. A disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos auferidos no exterior. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 4, p. 9-33, jul./ago. 2003.

_____. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 411-452. (Cadernos de pesquisas tributárias, v. 11)

_____. Princípios fundamentais do imposto de renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 174-227.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da tributação imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1982. 99 p.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O fundo de investimento imobiliário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2573>>. Acesso em: 18 out. 2008.

_____. O fundo de investimento imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 25, n. 53, p. 142-159, 2002.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. 1432 p.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: JUSTEC, 1979. v. 1 e v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 566 p.

_____. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil: direitos reais: posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição*. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

PESSOA, Adriano Monte. A causa jurídica da obrigação tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 10, n. 46, p. 43-63, set./out. 2002.

PIANCASTELLI, Marcelo; NASCIMENTO, Edson R. Imposto de renda da pessoa física. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 231-251.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos: natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 159 p.

PONTES, Helenilson Cunha. A tributação dos lucros do exterior e os tratados para evitar a dupla tributação da renda. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 863-890.

PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. *A guerra fiscal no Brasil*. São Paulo: Fundap, 2000.

PROLIK, Augusto et al. Lucro presumido: quem pode optar. *Imposto de renda: estudos*. São Paulo, n. 26, maio 1992.

PUGLIESI, Mario. *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli Stati moderni*. Padova: CEDAM, 1932.

QUEIROZ, Mary E. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Barueri: Manole, 2004.

_____. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: tributação das pessoas físicas. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 435-482.

RAMOS, José Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito tributário, societário e a reforma da Lei das S/A: inovações da Lei 11.638*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 564 p.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de renda e ICMS: problemas jurídicos*. São Paulo: Dialética, 1995. 136 P.

_____. (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996. v. 1.

_____. (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, 432 p.

_____. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, 289 p.

ROSE, Manfred. Economic aspects of taxation of income from capital In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005. p. 53-76.

ROSEMBUJ, Tulio. *Los tributos y la protección del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROTHMANN, Gerd Willi. Considerações sobre extensão e limites do poder de tributar. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Dir.). *Estudos Tributários* [em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa]. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 207-221.

_____. O princípio da legalidade tributária. In: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio; ROTHMANN, Gerd Willi (Coord.). *Temas fundamentais do direito tributário atual*. Belém: CEJUP, 1983. p. 77-120.

ROXAN, Ian. Imputed income (including deductible costs). In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (Org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005. p. 249-261.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1., 1998, Vitória. *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 125-147.

_____; BORGES, Alexandre Siciliano (Coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais: curso de especialização*. Colaboração de Fernando Aurelio Zilveti et al. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 326 p.

SANTOS, Joaquim Antonio de Viseu Penalva. *Títulos de crédito e o Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 148 p.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da medida provisória nº 2.158-35: parecer. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI Eduardo; BERGSTROM, Paulo Celso (Coord.). *Direito tributário atual*. São Paulo: Dialética, 2001. v. 16., p. 161-209.

_____. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. 189 p.

_____. Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7, p. 303-330.

_____. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 400 p.

_____. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 323-376.

_____. Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*. Colaboração de Andre Martins de Andrade et al. São Paulo: Dialética, 1996. v. 1.

_____; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Contribuições de intervenção no domínio econômico e atuação do Estado no domínio econômico. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 33-60.

SCHWARZ, Jonathan S. Controlled foreign companies and tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Amsterdam, v. 51, n. 12, p. 553-559, dec. 1997.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Tributo: conceito e classificação. In: SCHOUERI, Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v.1. p. 65-72.

SELIGMAN, Edwin R. A. *The economic interpretation of history*. 2. ed. New York: Gordian Press, 1967.

_____. *Essays in taxation*. 10. ed. New York: The Macmillan Company, 1931.

_____. *The income tax*. New York, 1911.

SHAVIRO, Daniel N. An efficiency analysis of realization and recognition rules under the Federal Income Tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 216-221.

SILVA, Pedro Melo da. *Os incentivos fiscais como instrumento de desenvolvimento*. Belém: SUDAM, 1978.

SILVA, Sergio Martins. *Regulamento do imposto de renda anotado: Decreto 3.000, de 1999*. São Paulo: Dialética, 2000. 783 p.

SOOS, Pirooska E. *The origins of taxation at source in England*. Amsterdam: IBFD, 1997.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1952.

_____. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 1950.

_____. O fato gerador do imposto de renda. In: _____. *Estudos de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950. p. 162-188.

_____. Imposto de Renda: despesa não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como 'lucros distribuídos' no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas. In: _____. *Pareceres 3: imposto de renda*. Ed. Póstuma. São Paulo: IBET; Resenha Tributária, 1975. p. 59-95.

_____. *Pareceres 3: imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

SOUZA, Antônio Carlos Garcia de; CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. Colaboração de Antônio Carlos Garcia Souza et al. São Paulo: Resenha Tributária, 1986. p. 1-44. (Caderno de Pesquisas Tributárias; v. 11).

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3. ed. Nova York: WW. Norton, 2000.

SZTAJN, Rachel. Quotas de fundos imobiliários: novo valor mobiliário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 33, n. 93, p. 104-108, jan./mar. 1994.

TEBECHRANI, Alberto. *Regulamento do imposto de renda 2005: Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, republicado em 17 de junho de 1999: atualizado até 31/08/2005*. Colaboração de Fortunato Bassani Campos, Jose Maria de Campos, Jose Luiz Ribeiro Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 2005. v. 1 e v. 2.

TEDESCO, Paulo Camargo. A inconstitucionalidade de irretratabilidade imposta à opção pelos regimes de tributação do imposto de renda simples e lucro presumido. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 12, n. 58, p. 105-133, set./out. 2004.

TEIXEIRA, Manuel Duro; ALMEIDA, Alexandre. O impacto fiscal na adopção das normas internacionais de contabilidade no sector financeiro. In: O DIREITO do balanço e as normas internacionais de relato financeiro. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

TESORO, Giorgio. La causa giuridica dell'obbligazione tributaria. *Rivista Italiana di Diritto Finanziario*, Bari, p. 31-45, 1937.

THORSTENSEN, Vera. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

THURONYI, Victor. The concept of income. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 1997. p. 107-111.

TILBERY, Henry. O conceito de essencialidade como critério de tributação. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Dir. e Colab.). *Estudos tributários: em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa*. São Paulo: Resenha Tributária, [s.d.] p. 307-348.

_____. *Imposto de renda pessoas jurídicas. Integração entre sociedades e sócios*. São Paulo: Atlas; IBDT, 1995.

_____. *O novo imposto de renda no Brasil: comentário à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989. 215 p.

_____. *A tributação dos ganhos de capital*. São Paulo: Resenha Tributária; IBDT, 1977.

_____. *A tributação dos ganhos de capital das pessoas jurídicas: comentário ao Decreto-lei n. 1598/1977*. São Paulo: Resenha Tributária; Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978.

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

_____. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1988.

_____; LANG, Joaquim. *Direito tributário*. Tradução da 18. ed. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____; SZTAJN, Rachel; SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (Org.); DELGADO, Jose Augusto. *Tributação nos mercados financeiro e de capitais e na previdência privada*. Colaboração de Fabio Siebeneichler de Andrade et al. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 607 p.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1, p.429-456.

_____. Normas gerais antielisivas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 1, p. 90-123, jan./fev. 2003.

_____. *Sistemas constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. t. 2, 876 p. (Tratamento de direito tributário brasileiro).

_____. *Tratado de direito constitucional e tributário: o orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 5.

_____. *Tratado de direito constitucional e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

TROTABAS, Louis. L'applicazione della teoria della causa nel diritto finanziario. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Padova, p. 34-53, 1937.

TURNIER, William J. Evaluating Personal Deductions in an Income Tax : The Ideal. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal Income Tax Anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997. p. 292-295.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Colaboração de Marco Aurelio Greco. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. 145 p.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit* – operação de crédito estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, n. 27, p. 328-343, jan./mar. 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 5, 672 p.

_____. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, 604 p.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1977. 223p.

VIEIRA, Leliana Rolim de Pontes. *A nova legislação tributária federal: 1995: comentários à Lei n. 8.981, de 20.1.95: com as alterações da MP. N. 998 de 19.5.95*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995. 207 p.

_____; PAIVA, Carlos Emanuel. Lucro presumido: regime de tributação. *Imposto de renda: estudos*, São Paulo, n. 23, abr. 1992.

VOGEL, Klaus. Tributos regulatórios e garantia da propriedade no direito constitucional da República Federal da Alemanha. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito Tributário: estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 543-554.

WALD, Arnold. Da natureza jurídica do fundo imobiliário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 86, n. 309, p. 9-14, jan./mar. 1990.

_____; TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: livro 2: do direito de empresa: arts. 966 a 1.195*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 14, 1021 p.

WALLIS, Hugo von. Limites econômicos e jurídicos da tributação dos rendimentos. In: _____.; NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral; NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). *Imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. p. 19-70.

WARREN, Alvin. Would a Consumption tax be fairer than an income tax? In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M. P. *Federal Income Tax Anthology*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997. p. 588-594.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

YOSHIHIRO, Massui. Group Taxation: General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*. Amsterdam: SDU, 2004. v. 89b.

ZAMPETTI, Americo Beviglia. The Uruguay Round agreement on subsidies: a forward-looking assessment. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*. Geneva, v. 29, n. 6, p. 5-29, Dec. 1995.

ZILVETI, Fernando Aurelio. O princípio da realização da renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1, p. 297-328.

_____. *Princípios de direito tributário e capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ZIZZO, Giuseppe. I princi contabili internazionali nei rapporti tra determinazione de risultato di esercizio de determinazione del reddito imponibile. *Rivista di Diritto Tributario*, Milano, v. 15, n. 11, 2005.