JOÃO VICTOR GUEDES SANTOS

**TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DA RENDA
NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS:**

ENTRE A EQUIDADE E A EFICIÊNCIA, ENTRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A INDUÇÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: **Roberto Quiroga Mosquera**

USP
São Paulo
2011

JOÃO VICTOR GUEDES SANTOS

**TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DA RENDA
NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS:**

ENTRE A EQUIDADE E A EFICIÊNCIA, ENTRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A INDUÇÃO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo como requisito de
conclusão do Mestrado em Direito Econômico,
Financeiro e Tributário

Orientador: Roberto Quiroga Mosquera

USP
São Paulo
2011

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

*A Aglaé e Geraldo, genitores que de alguma
maneira sempre estiveram ao meu lado;*

A Natalie, parceira de todos os momentos;

*Aos demais membros da minha família e
todos os que me estimulam e seguem
acreditando na minha trajetória.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Roberto Quiroga Mosquera,

primeiro, por ter propiciado a minha incursão inicial pelo Direito Tributário em seu escritório, estimulando-me para o tema da tributação no âmbito dos mercados; segundo, por ter me concedido a honra de ser precursor nos seus trabalhos de orientação na USP; terceiro, pelo seu valioso auxílio não apenas para a elaboração desta dissertação, mas para o exercício da docência;

Aos Professores Luís Eduardo Schoueri e Paulo Ayres Barreto,

pelos preciosos comentários tecidos em sede do Exame de Qualificação, bem como por representarem exemplos de dedicação franciscana à vida acadêmica que a muitos inspiram; culpo o primeiro por despertar em mim intensa paixão pela Academia;

Aos Alunos e Monitores da Especialização em Direito Tributário da USP,

pelas sextas-feiras em que adquiri a oportunidade de constantemente aprender algo novo, essencial para o meu aperfeiçoamento como jurista;

Aos Clientes,

pela experiência prática proporcionada em relação à peculiar tributação nos mercados;

A Natalie Matos Silva,

pela revisão ortográfica e jurídica do texto final desta dissertação.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar e reconstruir os fundamentos da Teoria da Tributação e do Direito Tributário que regem a incidência do Imposto de Renda sobre operações conduzidas nos mercados financeiro e de capitais.

Examinam-se, num primeiro momento, os preceitos norteadores da equidade, eficiência (nos seus dois vieses de neutralidade e desenvolvimento), simplicidade e conveniência, verificando-se em que medida o ordenamento jurídico-tributário posto está em consonância com a Teoria da Tributação.

Na seara da Teoria da Tributação, destaque é dado ao *trade-off* (ou dilema) entre eficiência e equidade relativo à tributação da renda auferida nos mercados.

Em momento subsequente, analisam-se as regras constitucionais e complementares que moldam a incidência do Imposto de Renda e a maneira pela qual princípios e mandamentos constitucionais, concernentes à seara tributária ou não, atuam em relação à tributação da renda obtida nos mercados financeiro e de capitais.

Nessa toada, papel de relevo possui a relação conflituosa existente entre o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva e a possibilidade de instituição de normas tributárias indutoras visando a objetivos extrafiscais.

Palavras-chave:

Tributação da Renda

Mercados Financeiro e de Capitais

Desenvolvimento Nacional

Equidade vs. Eficiência

Capacidade Contributiva vs. Indução (Extrafiscalidade)

ABSTRACT

This paper aims at analyzing and reconstructing the fundamentals of the Taxation Theory and of the Tax Law that guide the assessment of the Income Tax on transactions carried out within the financial and capital markets.

At a first moment, we examine the guiding precepts of equity, efficiency (in its two aspects of neutrality and development), simplicity and convenience, then verifying in what measure the legislation in force is adequate in light of the Taxation Theory.

In the field of the Taxation Theory, we highlight the trade-off between efficiency and equity in relation to the taxation of the income obtained in the markets.

Afterwards, we analyze the constitutional and complementary rules that shape the assessment of the Income Tax and the manner by which tax and non-tax constitutional principles and guidelines act as regards the taxation of the income obtained within the financial and capital markets.

In this sense, a paramount role shall be attributed to the conflictive relation between the ability-to-pay rule and the possibility of enacting tax norms aiming at non-fiscal purposes.

Keywords:

Income Taxation

Financial and Capital Markets

National Development

Equity vs. Efficiency

Ability-to-Pay vs. Non-Fiscal Purposes

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	9
---------------------------	----------

PARTE I - CONCEITOS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES

II. OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS E AS IMPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS NELES EXISTENTES	17
II.1. Sensibilidade Monetária e os Mercados	17
II.2. Mercados e a Mobilização de Poupança: Desenvolvimento Nacional	21
II.3. Mercado Financeiro e Mercado de Capitais	27
II.4. Fluxo Circular e os Signos de Riqueza nos Mercados Financeiro e de Capitais	34
II.5. Imposto de Renda nos Mercados em Face da Teoria da Tributação e do Direito Tributário: A Tributação Dual da Renda no Direito Brasileiro	40

PARTE II - TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS

III. ASPECTOS TEÓRICOS RELATIVOS À TEORIA DA TRIBUTAÇÃO	47
III.1. Funções Estatais, Finanças Públicas e a Formulação de Políticas Fiscais.....	47
III.2. Modalidades de Imposição Fiscal: Uma Introdução à Teoria da Tributação ...	52
III.3. Teoria da Tributação: Preceitos Norteadores.....	56
III.3.1. <i>Considerações Preliminares</i>	56
III.3.2. <i>A Teoria de Adam Smith</i>	57
III.3.3. <i>A Teoria de Richard Musgrave e Peggy Musgrave</i>	59
III.3.4. <i>A Teoria de Fritz Neumark</i>	60
III.3.5. <i>A Teoria de Joseph Stiglitz</i>	62
III.3.6. <i>Traços Característicos da Teoria da Tributação</i>	63
III.4. Teoria da Tributação: Trade-off entre Eficiência e Equidade	67
IV. TEORIA DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS.....	74
IV.1. Balanceamento entre Equidade e Eficiência na Tributação da Renda Auferida nos Mercados	74
IV.2. Ordenamento Jurídico-Tributário Posto e a Teoria da Tributação	81
IV.2.1. <i>Tratamento Privilegiado à “Renda do Capital Financeiro”</i>	81
IV.2.2. <i>Tratamento Diferenciado entre Aplicações Financeiras</i>	86
IV.2.3. <i>Tributações na Fonte (Exclusivas e Antecipações)</i>	91
IV.2.4. <i>Tributações Analíticas e Sintéticas</i>	96
IV.2.5. <i>Tributação de Ganhos Não-Realizados e a Sistemática do “Come-Quotas”</i>	100
IV.2.6. <i>Tratamento Privilegiado para Não-Residentes</i>	106
IV.2.7. <i>Legislação e Jurisprudência Vacilantes</i>	110

PARTE III - DIREITO TRIBUTÁRIO E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS

V.	ASPECTOS TEÓRICOS RELATIVOS À TRIBUTAÇÃO DA RENDA.....	119
V.1.	As Múltiplas Facetas do Conceito de Renda	119
V.1.1.	<i>As Diversas Manifestações de Renda na Sociedade e as Teorias da Renda-Produto e da Renda-Acréscimo</i>	<i>119</i>
V.1.2.	<i>Tributação da Renda Consumida vs. Tributação da Renda Total Auferida.....</i>	<i>124</i>
V.1.3.	<i>Origens do Imposto de Renda no Direito Comparado e no Direito Interno</i>	<i>126</i>
V.2.	Delimitações Constitucionais à Tributação da Renda	129
V.2.1.	<i>Renda e Proventos de Qualquer Natureza.....</i>	<i>129</i>
V.2.2.	<i>Conceitos e Grau de Vinculação dos Critérios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade</i>	<i>132</i>
V.2.3.	<i>A Exigência da Renda Líquida.....</i>	<i>141</i>
V.3.	Conceito de Renda na Legislação Complementar	144
V.3.1.	<i>Artigo 43 do Código Tributário Nacional e as Teorias da Renda-Produto e da Renda-Acréscimo: Possíveis Interpretações.....</i>	<i>144</i>
V.3.2.	<i>Críticas ao Dito “Conceito Legal”</i>	<i>149</i>
V.3.3.	<i>Disponibilidade Econômica e Disponibilidade Jurídica</i>	<i>151</i>
V.3.4.	<i>Aquisição de Disponibilidade e o Requisito da Realização da Renda</i>	<i>158</i>
VI.	CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E INDUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO.....	166
VI.1.	Funções das Normas Tributárias.....	166
VI.2.	Igualdade Tributária e a Tributação com Base na Capacidade Contributiva..	169
VI.3.	Extrafiscalidade e as Normas Tributárias Indutoras	181
VI.4.	Conflito entre a Busca da Capacidade Contributiva e a Indução Visando ao Desenvolvimento	185
VII.	TRIBUTAÇÃO DA RENDA E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS.....	194
VII.1.	Balanceamento entre Capacidade Contributiva e Indução na Tributação da Renda nos Mercados	194
VII.2.	Ordenamento Jurídico-Tributário Posto e o Direito Tributário	200
VII.2.1.	<i>Tratamento Privilegiado à “Renda do Capital Financeiro”</i>	<i>200</i>
VII.2.2.	<i>Tratamento Diferenciado entre Aplicações Financeiras</i>	<i>205</i>
VII.2.3.	<i>Incidências Proporcionais e Decrescentes</i>	<i>209</i>
VII.2.4.	<i>Tributações na Fonte (Exclusivas e Antecipações).....</i>	<i>213</i>
VII.2.5.	<i>Tributações Analíticas e Sintéticas</i>	<i>217</i>
VII.2.6.	<i>Tributação de Ganhos Não-Realizados e a Sistemática do “Come-Quotas”</i>	<i>221</i>
VII.2.7.	<i>Tratamento Privilegiado para Não-Residentes</i>	<i>228</i>
VIII.	CONCLUSÕES.....	234
IX.	BIBLIOGRAFIA.....	244

I. INTRODUÇÃO

Imperam, inclusive nos meios acadêmicos, inúmeras pré-concepções acerca da incidência tributária sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, as quais acabam por resultar em precipitadas e por vezes errôneas conclusões antes mesmo do desenvolvimento de aprofundado estudo sobre o tema. Nas searas da formulação de políticas fiscais e da tributação da renda proveniente de operações conduzidas nos mencionados mercados, nota-se extrema carência de obras que se dediquem a construir os seus fundamentos, o que por conseqüência implica alto grau de superficialidade observado em muitos dos escassos trabalhos que se propuseram a analisar aspectos tributários específicos de determinadas operações financeiras.

Nenhuma conclusão que se alcance em qualquer campo científico será satisfatória se contiver equívocos em suas premissas. Este é o ponto de partida básico de toda ciência: a hipótese deve ser confirmada antes de se alcançar qualquer conclusão, não podendo o resultado do estudo ser firmado em momento precedente ao desenvolvimento de pesquisa que tenha o condão de fincar, em fundações sólidas, as premissas utilizadas. Constata-se, de modo diverso, que parte do arcabouço teórico hoje existente foi sendo construída sobre areia movediça, não remanescendo firme quando do empreendimento de análise mais acurada sobre a formulação de políticas fiscais e a incidência tributária sobre ganhos e rendimentos provenientes dos mercados financeiro e de capitais.

Relativamente à imposição fiscal sobre a renda auferida nos aludidos mercados por pessoas físicas residentes ou por não-residentes,¹ premissas equivocadas são observadas tanto num plano pré-jurídico, concernente à elaboração de políticas fiscais, como no plano jurídico propriamente dito, em que normas constitucionais e infraconstitucionais interagem de modo a delinear e precisar os limites científicos de atuação do ramo do Direito que se convencionou denominar Tributário.

Corriqueiras são as afirmações de que a tributação da renda obtida nos mercados é eficiente, assim como o são os posicionamentos que, por outro giro, negam eficiência à incidência tributária sobre a renda proveniente de operações conduzidas nesses mesmos

¹ Destaque-se, de imediato, que o presente estudo não tem por escopo a análise da incidência tributária sobre pessoas jurídicas residentes, haja vista que, como regra geral, em tais entidades a renda do capital financeiro é tributada de forma similar à renda decorrente do exercício de outras atividades, não obstante existam antecipações tributárias na fonte.

recintos. O que à primeira vista parece ser uma incongruência insanável entre duas linhas de pensamento, nada mais é que uma divergência quanto às premissas adotadas: enquanto há quem possa empregar o termo “eficiência” como sinônimo de mecanismo voltado à busca de desenvolvimento nacional, outros podem considerar o termo “eficiência” como sinônimo de neutralidade na tributação, isto é, como não-interferência do instrumento tributário no comportamento dos indivíduos. Observam-se, assim, conclusões distintas que partem de premissas diversas e não necessariamente incorretas, o que acarreta dizer que nem sempre tais conclusões são conflitantes entre si.

De forma semelhante, rotineiramente deparamo-nos com afirmações de que toda a tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais encontra-se eivada de inconstitucionalidade e ilegalidade, por não ser geral, universal ou progressiva, por derrogar o princípio da igualdade ou o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva, por atingir renda indisponível econômica ou juridicamente, dentre outros elementos. Novamente aqui aparecem problemas relacionados às premissas adotadas pelo cientista do Direito, que talvez não tenha devidamente questionado-se sobre se os critérios da generalidade, universalidade e progressividade realmente são mandatórios na construção do perfil constitucional do Imposto de Renda, sobre se o princípio da igualdade e o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva não poderiam ser (parcialmente) derogados com vistas ao alcance de algum outro objetivo protegido pela Constituição Federal, sobre se à luz do Código Tributário Nacional a aquisição de efetiva disponibilidade sobre a renda de fato deveria ser considerada de forma restritiva, e assim por diante. Nessas situações, as diferentes conclusões obtidas acabam por ser conflitantes por partirem de premissas diversas, e por vezes incorretas.

Pois bem. Hodiernamente não se olvida que Direito Tributário, antes de ser “Tributário”, é “Direito”. Numa análise mais acurada sobre o ramo científico que disciplina as relações jurídicas emanadas do objeto denominado “tributo”, há que, num momento preliminar, fazer incursão sobre os fundamentos daquilo que chamamos de “Direito”. Do mesmo modo, numa análise que envolve tanto a formulação de políticas fiscais sobre a renda auferida nos mercados como a incidência tributária sobre a renda proveniente dos mesmos mercados, não se mostra satisfatório que descritivamente discorramos sobre o *modus operandi* de elementos da Teoria da Tributação e da tributação da renda nessa seara sem antes tornarmos firmes as premissas julgadas primordiais para o

estudo, refletidas no que deve ser entendido como, e quais os limites de, “política fiscal à luz da Teoria da Tributação”, “tributação da renda à luz do Direito Tributário” e, como não poderia deixar de ser, “mercados financeiro e de capitais”.

Segmenta-se este estudo em três partes ou seções principais. Não obstante elas não sejam absolutamente estanques, com a primeira parte possuindo relação simbiótica com as demais, pode-se dizer, numa primeira aproximação, que elas propiciam o alcance de conclusões únicas e singulares.

A primeira parte deste estudo, concernente aos “Conceitos e Definições Preliminares”, tem o objetivo de constituir o arcabouço inicial acerca dos mercados sobre os quais será aplicada toda a teoria apresentada em sequência. Nessa primeira seção, composta unicamente de um capítulo, expõem-se os conceitos e definições isoladamente adotados para “mercado financeiro” e para “mercado de capitais” e a relação de tais mercados, agora conjuntamente considerados, com o instrumento monetário e com a busca do desenvolvimento nacional. Por meio da apresentação do modelo econômico do “fluxo circular”, objetiva-se a demonstração dos benefícios resultantes da pujança dos mercados financeiro e de capitais, primordialmente medida pelo grau com que as poupanças doméstica e externa são mobilizadas. Com isto, inicia-se o esclarecimento do motivo por que se adotou no Brasil um modelo híbrido de tributação dual da renda, com privilégio a determinadas modalidades de “renda do capital”, notadamente a renda oriunda do capital financeiro, em detrimento da “renda do trabalho”.²

No que tange à pujança dos mercados nacionais, essencial se faz de imediato destacar que estudo desenvolvido pelo *World Economic Forum*, intitulado “*The Global Competitiveness Report 2009-2010*”, traz importantes dados demonstrando que o Brasil está ranqueado na 13ª posição numa classificação global entre países sobre a sofisticação de seus mercados financeiros (com notas podendo variar entre 1 e 7, o Brasil obteve a nota 6). Para se ter idéia da relevância dessa posição alcançada, basta mencionar que o Brasil ficou mais bem colocado do que países como Finlândia, Dinamarca, Noruega, Alemanha,

² O modelo de tributação dual da renda adotado no Brasil é híbrido por excluir de um tratamento tributário mais benéfico determinadas modalidades de ganhos decorrentes do uso do capital, como aluguéis e royalties. Essas exceções ao tratamento benéfico em regra aplicado à ora denominada “renda do capital”, especialmente quando decorrente da alienação/liquidação da fonte produtora da renda, não macula a validade científica do emprego de tal expressão, esclarecendo-se, de antemão, que ela não se aplica a toda e qualquer situação.

Áustria e Espanha.³ Além de fatores macroeconômicos exógenos, contam para o enrijecimento dos mercados, com a conseqüente atração cada vez maior de investimentos nacionais ou estrangeiros, o aprimoramento do ambiente regulatório existente e os incentivos fiscais concedidos, os quais estão diretamente relacionados a este estudo.

A segunda parte do exame que se propõe refere-se à “Teoria da Tributação e os Mercados Financeiro e de Capitais”. É dotada de dois capítulos, um voltado à abordagem de aspectos eminentemente teóricos a respeito da formulação de políticas fiscais e outro destinado à aplicação, dos conceitos compulsados e reconstruídos, a situações em concreto observadas no ordenamento jurídico-tributário posto acerca da tributação da renda auferida nos mercados por pessoas físicas residentes e por não-residentes.

No capítulo orientado para os aspectos teóricos do que se denominou Teoria da Tributação, busca-se a exposição dos preceitos que a norteiam tal como construídos pelos principais autores que se debruçaram sobre o tema, como Smith, Musgrave e Musgrave, Neumark e Stiglitz, entre outros, para que então se condensem e reconstruam tais preceitos norteadores com vistas a adaptá-los a nossa realidade contemporânea. O ponto ápice do capítulo refere-se ao embate entre preceitos conflitantes voltados, de um lado, à formulação de um sistema tributário eficiente, e, de outro, à busca de distribuição eqüitativa dos encargos fiscais, o que ficou conhecido como *trade-off* (ou dilema) entre eficiência e eqüidade.

Num primeiro momento retomando os preceitos norteadores da Teoria da Tributação sob nova abordagem de *trade-off* entre eficiência e eqüidade no que tange especificamente à tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, almeja-se, no capítulo subsequente, a aplicação, dos conceitos formulados e conclusões previamente obtidas, sobre temas práticos que são particulares aos mercados nacionais. Tendo em vista que a história e a evolução dos produtos financeiros no Brasil sempre estiveram associadas a mecanismos voltados à política fiscal do Estado,⁴ intenta-se examinar se a Teoria da

³ In *The Global Competitiveness Report 2009–2010*. Genebra: World Economic Forum, 2009, p. 430. Importante se faz mencionar que há estudo mais recente sobre competitividade, publicado pelo *World Economic Forum* em 2010, nomeado “*The Global Competitiveness Report 2010–2011*”, em que também se comentam questões sobre desenvolvimento dos mercados financeiro e de capitais. Entretanto, diferentemente do que ocorreu no estudo anterior, no relatório de 2010 não se atribuiu classificação dos países quanto à sofisticação dos mercados financeiros.

⁴ BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 213-214.

Tributação vem sendo corretamente utilizada pelas autoridades competentes quando da formulação de políticas fiscais voltadas à incidência tributária sobre a renda auferida nos mercados em comento.

A terceira e derradeira parte deste estudo é concernente ao “Direito Tributário e os Mercados Financeiro e de Capitais”, onde se apresentam três capítulos, dois eminentemente teóricos e outro que visa a aplicar a teoria construída a modelos e sistemáticas de incidência do Imposto de Renda sobre pessoas físicas residentes e sobre não-residentes no âmbito dos mercados.

O primeiro capítulo da terceira parte destina-se a construir, ou melhor dizendo, reconstruir o conceito de renda tal como previsto no sistema tributário brasileiro, notadamente na Constituição Federal de 1988 e no Código Tributário Nacional. Compulsando algumas das vastas doutrinas estrangeiras a respeito das diversas acepções existentes para o termo “renda”, sejam elas voltadas para a seara econômica, contábil, financeira ou jurídica, bem como posicionamentos de importantes juristas nacionais sobre o tema, busca-se a apresentação de teoria que melhor se adéqua, conforme o entendimento do autor, ao perfil constitucional e complementar do nosso “imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”, ou Imposto de Renda, termo que empregamos doravante apenas para fins de simplificação.

Neste diapasão, em prólogo contido em obra concernente a diversos aspectos teóricos do Imposto de Renda, Gilberto de Ulhôa Canto faz referência a frase que se tornou célebre entre os estudiosos dessa exação, prolatada, em julgado britânico de 1901, pelo Lord Macnaghten: “*Imposto de Renda, se eu posso ser perdoado por dizer isto, é um imposto sobre renda*”.⁵⁻⁶ Esta frase, encimada pelo mencionado jurista em alusão a estudo anterior de Gomes de Sousa, teve o condão primordial de ressaltar a distinção existente entre imposto que incide sobre a renda e imposto incidente sobre o capital.⁷ Numa primeira leitura, esta frase não parece dizer muita coisa: por óbvio, renda é o objeto único de incidência do Imposto de Renda. Entretanto, em análise mais detida, a referida frase nos faz refletir sobre como um imposto cuja materialidade é facilmente identificável – a renda

⁵ Frase original: “*Income tax, if I may be pardoned for saying so, is a tax on income*”.

⁶ In “A Aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto sobre a Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 33.

⁷ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “A Evolução do Conceito de Rendimento Tributável”, in *Revista de Direito Público*, v. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 339.

– acaba se mostrando o mais complexos dos tributos, justamente porque a clareza na identificação de sua materialidade não se mantém quando passamos à análise do teor do aspecto material de incidência da exação, inquirindo-nos acerca de qual seria o conceito de renda e de quando ela é efetivamente auferida. Eis a razão por que um capítulo sobre o tema mostra-se plenamente justificável.

Nada obstante a função deveras importante de tal capítulo, não basta tratar do perfil constitucional e complementar do Imposto de Renda sem que se analisem os dispositivos constitucionais que trazem o princípio da igualdade e o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva – tratando aqui especificamente do Direito Tributário –, bem como os dispositivos que têm o condão de justificar a introdução de normas tributárias indutoras de comportamento visando ao desenvolvimento nacional – agregando à Ordem Tributária considerações extraídas da Ordem Econômica e da Ordem Social. Assim, além de traçar os moldes do Imposto de Renda que não poderão jamais ser ignorados, devem-se delinear as situações em que poderá o legislador ordinário caminhar mais em favor da extrafiscalidade, deixando em segundo plano a distribuição da carga fiscal de modo equitativo. Esta é a função do segundo capítulo da terceira seção deste estudo, que culmina na procura de solução para a relação conflituosa entre a busca da capacidade contributiva e a indução visando ao desenvolvimento nacional.

No último capítulo da mencionada terceira parte, que é seguido pelo capítulo que contém as derradeiras conclusões, aplica-se toda a construção teórica sedimentada para, em primeiro lugar, propor solução, no âmbito da tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, para a celeuma entre a busca quase que incessante das diferentes capacidades econômicas individuais e a indução visando ao desenvolvimento nacional, e, num segundo momento, também aplicar a teoria formulada sobre o perfil constitucional e complementar do Imposto de Renda a situações especificamente postas pelo ordenamento jurídico-tributário brasileiro no tocante à incidência tributária sobre ganhos e rendimentos auferidos nos mercados.

Não existe obra doutrinária que não esteja sujeita a críticas, ainda mais se visa a romper com paradigmas sedimentados entre acadêmicos de diversas áreas do saber. O intuito do presente estudo não é obter aceitação unânime à proposta de reconstrução de fundamentos de Finanças Públicas e de Direito Tributário e de aplicação destes à imposição fiscal hodierna sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais,

mas de suscitar o debate sobre novas maneiras de enxergar temáticas que longe de poderem possuir posições pacíficas, tal como atualmente se observa, fazem emergir inúmeras e infindáveis discussões.

PARTE I:

CONCEITOS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES

II. OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS E AS IMPOSIÇÕES TRIBUTÁRIAS NELES EXISTENTES

II.1. Sensibilidade Monetária e os Mercados

Destina-se este capítulo introdutório a, num primeiro momento, descrever as funções e importância do mercado financeiro e do mercado de capitais. Afinal, almejando-se analisar tais recintos no que tange a sua intersecção com temáticas concernentes à formulação de política fiscal e ao Direito Tributário, sempre tendo em vista a imposição fiscal sobre a renda, nada mais coerente, para não dizer fundamental, que descrevê-los. Trata-se de requisito *sine qua non* para o estudo que se intenta.

O objeto que ora demanda nossa atenção no tocante ao seu preciso delineamento são os mercados, porém não quaisquer mercados. Os mercados por nós selecionados para o empreendimento de análise interdisciplinar de política fiscal e de Direito Tributário foram dois: o mercado financeiro e o mercado de capitais. Outros importantes mercados também requerem especial atenção por parte dos estudiosos da área fiscal em sentido lato, como, por exemplo, o mercado cambial, relativo à compra e venda de moeda estrangeira, mas dadas as suas nuances diversas das que se deseja aqui examinar não foram selecionados para compor este estudo.

A tese que se desenvolve a partir deste momento origina-se da identificação de alguns dos reflexos decorrentes da atuação, nas relações sociais intersubjetivas, de um instrumento denominado moeda. É a moeda – ou, utilizando-nos de vocábulo menos técnico, o dinheiro – que torna possíveis as relações de troca existentes na vida em sociedade, criando mecanismos hábeis a possibilitar a efetivação de transações financeiras que constituem o cerne dos mercados financeiro e de capitais. Portanto, mostra-se impositivo o prévio empreendimento de incursão teórica sobre a moeda,⁸ relacionando tal instrumento com os mercados em questão.

O primeiro ponto a destacar nesta abordagem preliminar é que, num vocabulário mais correto, os termos “dinheiro” e “moeda” não se confundem, conquanto se

⁸ Ressalve-se que não é escopo deste estudo comentar as funções e características da moeda. A esse respeito, cf. DE CHIARA, José Tadeu. *Moeda e Ordem Jurídica*. Tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito Monetário e Tributação da Moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

complementem. Utilizando-nos das lições de Juan Ignacio Sanz Caballero, pode-se dizer que dinheiro é uma criação convencional e arbitrária cuja função primordial é a de suprir necessidades concretas, ao passo que moeda é o objeto que representa o dinheiro, isto é, que exterioriza e retrata as relações sociais instituídas.⁹

Expõe Luis Olariaga que o dinheiro tornou-se, no convívio social, instrumento que revolucionou as relações humanas, e, na vida econômica, poderoso fator de expansão da produção e do consumo e da base para a formação dos capitais que possibilitam o progresso da técnica e o incremento da produtividade material.¹⁰ Vê-se, pois, que o dinheiro não traduz um bem em si mesmo, justificando-se a sua existência na utilidade social que ele fornece à comunidade.¹¹ Representando o dinheiro, a moeda apresenta-se como meio de pagamento legalmente utilizado para realizar transações com bens e serviços.¹²

Destarte, as relações de troca que ocorrem no âmbito dos mercados financeiro e de capitais apenas se mostram possíveis em decorrência da existência do dinheiro ou, mais especificamente, do instrumento monetário denominado moeda. É a moeda que propicia um eficiente sistema de trocas entre os agentes econômicos atuantes nos mercados, exteriorizando as vontades e comportamentos de cada um deles, individualmente ou em conjunto.

Tendo como finalidade precípua o desenvolvimento nacional e o atendimento dos interesses gerais da coletividade, o Sistema Financeiro Nacional possui como objeto a intermediação de moeda na sociedade, a qual pode ser direta – através do mercado de crédito propriamente dito (ou mercado financeiro) – ou indireta – mediante o mercado de valores mobiliários (também denominado mercado de capitais)¹³. As relações

⁹ In *Derivados Financieros*. Madri; Barcelona: Marcial Pons, 2000, pp. 29-34.

¹⁰ In *El Dinero: Teoría del Dinero*. Madri: Colección Moneda y Crédito, 1947, p. 12.

¹¹ CABALLERO, Juan Ignacio Sanz, *op. cit.* (nota 9), p. 29.

¹² ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

¹³ Explica Siegfried Kümpel que as expressões “mercado de capitais” e “mercado de valores mobiliários” são sinônimas, já que o mercado de capitais é o recinto em que se negociam os ditos valores mobiliários. (In *Direito do Mercado de Capitais: Do Ponto de Vista do Direito Europeu, Alemão e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44)

intersubjetivas que se instauram por meio da tomada ou concessão de crédito apenas se efetivam por meio da moeda.¹⁴⁻¹⁵

Conceder crédito é permitir que pessoas utilizem um bem (a moeda) que aparece em excesso em determinados setores da sociedade (em que se encontram os poupadores), gerando alocação mais eficiente de recursos monetários. Sem o que denominamos eficiência alocativa de moeda, restaria prejudicado o processo de desenvolvimento de uma nação, resultando em estagnação econômica. Para a viabilização da troca monetária entre tomadores e poupadores, acorda-se remuneração fixa ou variável que os últimos receberão dos primeiros em razão de cederem a utilização presente de um bem que lhes pertence.

Roberto Quiroga Mosquera sintetiza com propriedade essa relação. Expõe o jurista que conceder crédito é permitir a troca de bens presentes por bens futuros, atribuindo-se um dado montante a determinada pessoa com o compromisso de que esta retribua com contraprestação futura. O crédito configuraria, assim, mecanismo que permite o desenvolvimento de atividades públicas e privadas, impulsionando a poupança nacional para o financiamento, poupança esta que apenas pode ser canalizada porque a moeda existe.¹⁶

Tanto o mercado de crédito como o mercado de valores mobiliários – conceitos estes que serão detidamente analisados adiante – são decorrência do trânsito de capitais entre agentes econômicos. Trânsito de capitais aqui deve ser entendido na sua função objetiva de trânsito de moeda, de mobilização de recursos financeiros dos que os detêm em excesso para os que deles carecem. Em estudo publicado no final da década de 70, Nelson Eizirik conceituou mercado financeiro (neste também englobando o que denominamos mercado de capitais) como sendo o conjunto de mecanismos voltados para a transferência de recursos entre agentes econômicos.¹⁷

¹⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 80-81.

¹⁵ Como leciona Roberto Quiroga Mosquera, tanto valores mobiliários como títulos públicos e títulos de curtíssimo prazo emitidos por instituições financeiras funcionam como uma “quase-moeda” haja vista o alto grau de aceitabilidade e liquidez existente em sua negociação, sendo facilmente conversíveis em moeda. Carecem, porém, de elemento essencial para que possam ser considerados moeda, qual seja, a atribuição pelo ordenamento jurídico da característica de meio geral de troca e instrumento de pagamento. (*Op. Cit.* (nota 8), pp. 90-93)

¹⁶ *Op. Cit.* (nota 14), p. 81.

¹⁷ In *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977, p. 28.

Deste modo, as atividades desenvolvidas nos mercados financeiro e de capitais podem ser sintetizadas em função dos conceitos econômicos da poupança e do investimento. O primeiro desses conceitos se origina da abstenção do consumo presente em prol do consumo futuro, podendo poupança ser definida como a parte da produção que não foi consumida. Já o segundo conceito caracteriza a canalização dos recursos poupados para atividades econômicas produtivas, geradoras de empregos e oportunidades na sociedade.

Nas economias de mercado, existe uma multiplicidade de agentes econômicos que podem atuar com intenções diversas de poupança e de investimento. São empresas, unidades familiares, indivíduos e o Estado, entre outros, que, em modelo utilizado por Nelson Eizirik et al., podem ser classificados como agentes “deficitários” ou como agentes “superavitários”. Os primeiros seriam aqueles cujas pretensões de investimento excedem a sua capacidade de geração de poupança, ao passo que os últimos seriam aqueles cuja capacidade de poupança supera as suas necessidades de investimento.¹⁸

Caracteriza, pois, objetivo dos mercados financeiro e de capitais, o fornecimento de meios visando à canalização de recursos de tais agentes “superavitários” para os ditos agentes “deficitários”, fomentando assim maior eficiência econômica na sociedade. Diferentes são os meios segundo os quais há a criação de canais para aproximar os poupadores dos tomadores em cada um desses mercados, razão pela qual optamos por uma classificação bipartida de mercados que são essencialmente voltados para o mesmo fim, conforme se verá em seguida.

Reitere-se: os mercados financeiro e de capitais originam-se da constatação de que a alocação de recursos na sociedade não é proporcional às necessidades particulares de cada um dos personagens que nela atuam. Com efeito, caso determinados agentes econômicos não tivessem recursos em excesso e se outros não fossem carentes de recursos, não existiria qualquer função para os referidos mercados. Não haveria poupadores a serem aproximados de tomadores, e vice-versa, esvaziando qualquer sentido possível à existência de mercados financeiros e de mercados de capitais. Noutros termos, não existiria razão para a moeda circular através desses mercados, porquanto todos os agentes econômicos seriam auto-suficientes em termos monetários.

¹⁸ Cf. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

A beleza dos mercados financeiro e de capitais reside justamente no fato de que por princípio eles não existem para corrigir falha econômica sistêmica de dada sociedade em um determinado momento temporal, decorrente de excessos ou carências de recursos. Tomam-se as diferenças alocativas como uma situação fática que sempre existiu ao longo dos tempos, com alguns poupando mais do que investem e outros investindo mais do que poupam, e busca-se otimizar a distribuição de recursos de modo a gerar (mais) eficiência.

Desta forma, em nenhum momento preocupam-se os mercados financeiro e de capitais em criticar a alocação de recursos pré-existente na sociedade. Isto não é objeto de sua disciplina, até mesmo porque é absolutamente normal que indivíduos poupem mais do que invistam e que unidades produtivas necessitem de mais capital para fomentar projetos de investimento. Isto posto, quanto mais pujantes forem os mercados financeiro e de capitais de uma nação, melhor será para a sociedade como um todo, pois significará que de algum modo recursos estão circulando entre agentes econômicos, produzindo benefícios mútuos.

Dito de outra maneira, os mercados financeiro e de capitais têm a precípua função de evitar que recursos de poupadores sejam guardados em cofres privados. Isto significaria moeda parada, sem função dentro da sociedade. Independentemente da forma desejada pelo poupador, o objetivo dos mercados em comento é canalizar seus recursos “ociosos” para setores produtivos, de modo a gerar eficiência alocativa.

Vejamos com maior vagar essa relação entre poupadores e tomadores e seus reflexos no âmbito jurídico, antes de adentrarmos especificamente na diferenciação que adotamos entre mercado financeiro e mercado de capitais.

II.2. Mercados e a Mobilização de Poupança: Desenvolvimento Nacional

As empresas e o Estado são os agentes econômicos que mais se deparam com carência de recursos financeiros, utilizando-se dos mercados financeiro e de capitais para financiar suas atividades, notadamente por meio da tomada de empréstimos e da emissão e colocação de ações, debêntures e títulos à disposição de investidores. Sendo o Brasil um país por excelência tomador de recursos para fazer frente ao exercício de suas atividades

privadas e estatais, torna-se imperativo o desenvolvimento de tais mercados, com a atração de capital nacional e estrangeiro.

Os objetivos de crescimento e desenvolvimento econômico elevaram a importância do Sistema Financeiro Nacional como um todo, haja vista ser ele responsável pelo aporte de liquidez nos mercados e pela oferta diversificada de recursos para financiamento, atuando sobre níveis de poupança, investimento, rendas, taxas de emprego e consumo, entre outros. Assim sendo, cumpre-se a função dos mercados quando é permitida eficiente interação entre poupadores e tomadores de recursos, promovendo-se investimentos.¹⁹

Os instrumentos e mecanismos dos mercados são indispensáveis para o desenvolvimento nacional, permitindo a mobilização de recursos para o financiamento de longo prazo voltado a investimentos, inclusive nas áreas de infra-estrutura, habitação e empresas emergentes. Um sistema financeiro moderno e diversificado promove o crescimento e permite minimizar os efeitos de eventuais crises, reduzindo a sua duração.²⁰ Pode-se então dizer que a economia nacional é fortemente dependente da capacidade funcional dos mercados, razão pela qual existe forte interesse público, fomentado pelo Estado, em torno de mercados eficientes, especialmente o de capitais.²¹ Isto porque ele tem a primordial função de converter a poupança dos orçamentos privados em capital necessário para investimentos.²²

Neste diapasão, ao criar a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e disciplinar o mercado de capitais brasileiro, a Lei nº 6.385/76 dispôs de modo hialino em seu artigo 4º que constituem atribuições da CVM e, por conseguinte, do Conselho Monetário Nacional (CMN) o estímulo à *“formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários”*, bem como a promoção da *“expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações”*, fomentando *“as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais”*.

Diversas são as funções econômicas do mercado de capitais, as quais atuam sempre no sentido de tornar possível o desenvolvimento do processo de capitalização das

¹⁹ ASSAF NETO, Alexandre, *op. cit.* (nota 12), pp. 29-30.

²⁰ ROCCA, Carlos Antonio. “Mercado de Capitais Eficiente: Condição para o Crescimento Sustentado”. *XVI Fórum Nacional Economia do Conhecimento, Crescimento Sustentado e Inclusão Social*. Rio de Janeiro, 2004, pp. 6-7.

²¹ KÜMPEL, Siegfried, *op. cit.* (nota 13), p. 9.

²² KÜMPEL, Siegfried, *op. cit.* (nota 13), p. 35.

empresas. Em primeiro lugar, o mercado de capitais possibilita a conciliação de interesses entre a empresa tomadora que deseja obter recursos de médio e longo prazos e o poupador que deseja oferecer recursos de curto prazo. Ademais, com a subscrição de valores mobiliários, possibilita também a conversão de pequenas montas de recursos em grandes montantes de capital à disposição das empresas. Além disso, permite maior agilidade no processo de circulação de recursos e dos valores mobiliários emitidos, transformando a natureza dos riscos e conduzindo ao processamento de maior volume de informações homogêneas sobre oferta e demanda.²³

No que toca ao mercado de crédito (ou mercado financeiro), deve ser destacado o papel conferido pela Lei nº 4.595/64 ao então recém-criado Banco Central do Brasil (BACEN) – em substituição à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) –, de formular políticas monetárias e creditícias “*objetivando o progresso econômico e social do País*” (artigo 2º). Em seu artigo 3º, a aludida Lei também dispôs de forma clara que a política a ser adotada deveria sempre visar à implementação de “*condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional*”, propiciando “*maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos*”.

Dois são os modos principais pelos quais o mercado financeiro pode influenciar o processo de formação de capital e o conseqüente desenvolvimento econômico de uma nação. Primeiro, através da contribuição para a expansão do volume total de poupança, haja vista que a intermediação financeira pode disponibilizar, ao público, instrumentos de poupança mais atraentes no que tange a prazo e liquidez. Segundo, por tornar mais eficiente a transformação de recursos poupados em capital produtivo, direcionando moeda para onde exista maior capacidade empresarial.²⁴

Mencione-se que os países detentores das economias mais desenvolvidas do mundo têm por característica um sistema de intermediação financeira bastante diversificado e ajustado às necessidades de seus agentes produtivos, capaz de redirecionar recursos de unidades superavitárias para financiar unidades com carência de capital.²⁵ Nessa esteira, a

²³ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), p. 9.

²⁴ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), p. 4.

²⁵ ASSAF NETO, Alexandre, *op. cit.* (nota 12), p. 28.

experiência internacional vem sugerindo uma relação causal entre desenvolvimento financeiro e crescimento econômico.

De acordo com Andrea Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima, já existe aceitação generalizada dos impactos positivos que um sistema financeiro desenvolvido proporciona na economia em termos de produtividade, acumulação de capital, aumento de poupanças e investimentos, porquanto haveria, além de suporte teórico considerável, amplas evidências empíricas para suportar tal assertiva.²⁶ Estudos efetuados com dados de dezenas de países durante longos períodos de tempo demonstram que percentuais mais elevados de crescimento são observados em países cujos sistemas financeiros são mais desenvolvidos e eficientes.²⁷ Para medir a real influência dos sistemas financeiros no contexto de crescimento econômico, esses estudos desconsideram a atuação de outras variáveis econômicas relevantes, neutralizando-as.²⁸

Neste sentido, também expõem Nelson Eizirik et al. haver ampla evidência, a partir de estatísticas colhidas em diversos países, que maior crescimento econômico é verificado nos países em que há elevado desenvolvimento dos mercados financeiro e de capitais. Nada obstante a relação estreita entre desenvolvimento dos mercados e crescimento econômico, acreditam os autores que os estudos existentes não trazem consenso sobre se os mercados se desenvolvem porque há crescimento econômico ou se é o crescimento econômico que produz o desenvolvimento dos mercados.²⁹

De todo modo, fato é que mercados financeiro e de capitais eficientes são essenciais para sustentar o desenvolvimento de uma nação. Para tanto, condições devem ser concedidas a fim de que o investidor sinta-se estimulado a aportar recursos nos aludidos mercados. Eis a razão pela qual se busca, mediante elevadas remunerações líquidas, atrair investimentos nacionais e estrangeiros.³⁰ Além disso, a criação de arcabouço jurídico específico para ditar as regras de atuação nos mercados vem se mostrando cada vez mais

²⁶ In *Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais*. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 15.

²⁷ De acordo com o *World Economic Forum*, sistemas financeiros eficientes são aqueles que alocam adequadamente a poupança para os setores mais produtivos, canalizando recursos para os projetos empresariais e de investimento com as maiores taxas esperadas de retorno. Sofisticados mercados financeiro e de capitais possibilitam o pleno acesso de investidores privados ao capital, tais como os decorrentes de empréstimos, valores mobiliários e outros produtos financeiros, o que apenas é viável por meio da criação de um ambiente de confiança, transparência e regulação. (In *The Global Competitiveness Report 2010–2011*. Genebra: World Economic Forum, 2010, p. 7)

²⁸ ROCCA, Carlos Antonio, *op. cit.* (nota 20), p. 14.

²⁹ *Op. Cit.* (nota 18), p. 3; p. 10.

³⁰ BIFANO, Elidie Palma, *op. cit.* (nota 4), p. 67.

presente tanto na experiência comparada como no Brasil. Hodiernamente fala-se até mesmo de um “Direito” relativo a essas normas.

Expõe Fernando Zunzunegui que o Direito do Mercado Financeiro – que na definição do jurista espanhol abrange o mercado de crédito e o mercado de capitais – seria a disciplina acadêmica que compreende o estudo do conjunto de normas que regulam os mecanismos que permitem a garantia de um eficiente direcionamento da poupança (*ahorro*) para o investimento (*inversión*). Os mercados constituiriam assim o canal pelo qual a poupança (patrimônio estático) financia o investimento (patrimônio dinâmico).³¹

Outrossim, destaca Siegfried Kümpel que tamanha é a importância do mercado de capitais que, seguindo a longa tradição norte-americana na área, na Europa hoje se comenta sobre um Direito do Mercado de Capitais, cujo principal objetivo é determinar as condições jurídicas e estruturais para a negociação de valores mobiliários, garantindo uma desejada transparência e integridade entre os participantes. O Direito do Mercado de Capitais é assim definido pelo jurista alemão: “*totalidade de disposições legais, condições de negócios e padrões (standards) reconhecidos, que regulam a organização do Mercado de Capitais, as prestações de serviços bancários, relacionadas a este mercado, bem como os deveres de conduta dos participantes do mercado, ou de terceiros, também assim relacionados*”.³²

Um plexo de normas jurídicas sobre os mercados se justifica na medida em que existe a necessidade de se garantir eficiente alocação da poupança em investimentos, o que é fundamental para o cumprimento dos objetivos constitucionais de progresso econômico e pleno emprego.³³ O dito Direito, seja do Mercado Financeiro ou do Mercado de Capitais, se fundaria num tripé composto pelas máximas da eficiência (visando à proteção do bom funcionamento dos mercados), da estabilidade (visando à proteção da solvência, da liquidez e da rentabilidade) e da transparência (visando à proteção do acesso à informação).³⁴

³¹ In *Derecho del Mercado Financiero*. 3ª ed., Madri; Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 21-22.

³² *Op. Cit.* (nota 13), pp. 1-7.

³³ ZUNZUNEGUI, Fernando, *op. cit.* (nota 31), p. 27. É importante notar que a despeito de ter focado seu estudo no modelo constitucional espanhol, muitas das considerações de Zunzunegui são plenamente aplicáveis à realidade brasileira.

³⁴ ZUNZUNEGUI, Fernando, *op. cit.* (nota 31), pp. 35-40.

Embora ainda não se tenha alcançado o marco regulatório que se verifica em outros países, este é o mesmo caminho que vem seguindo o Brasil, com a crescente disciplina de mercados que trazem inúmeros impactos à sociedade. Essa trajetória regulatória brasileira intensificou-se a partir da segunda metade do século passado, com um movimento contínuo de incremento da transparência jurídica nos mercados financeiro e de capitais, o qual propiciou, conjuntamente com a manipulação do instrumento tributário, o fomento à crescente captação de recursos nacionais e estrangeiros.

Nesta toada, podemos citar como algumas das medidas que fomentaram a transparência jurídica no mercado de capitais no século XX: (i) a edição da Lei nº 4.728/65, que disciplinou o mercado de capitais – ali denominado mercado de valores mobiliários – e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento; (ii) a edição da Lei nº 6.385/76, que também disciplinou o mercado de capitais e criou a CVM, bem como os textos legislativos que posteriormente aprimoraram ou complementaram a mencionada Lei (*e.g.*, Lei nº 6.404/76) e conferiram dinamização a tal mercado; e (iii) a promulgação da Constituição Federal de 1988, dispondo principalmente em seu artigo 192, posteriormente modificado pela Emenda Constitucional nº 40/03, de forma implícita e explícita, sobre os princípios norteadores que delineiam tanto o mercado financeiro como o mercado de capitais.³⁵

No início do século XXI emergiram novas modificações importantes com o condão de fomentar ainda mais a transparência nos mercados. Referimo-nos às alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/07 com o objetivo de “*modernizar e harmonizar as disposições da lei societária em vigor com os princípios fundamentais e melhores práticas contábeis internacionais*” (conforme Mensagem nº 1.657/00, relativa ao Projeto de Lei nº 3.741/00, que embasou a mencionada Lei). As aludidas alterações, conduzidas por meio da Lei nº 11.638/07, ao Direito Societário Contábil então vigente, tiveram como meta a substituição dos padrões contábeis observados no Brasil por padrões contábeis internacionalmente aceitos, conduzindo as regras brasileiras a uma desejada transparência perante os mercados financeiro e de capitais globais. Com isso, permite-se que investidores estrangeiros compreendam as demonstrações financeiras de sociedades brasileiras, o que

³⁵ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

proporciona a redução de risco para o investimento externo por meio da melhor compreensão dos mercados nacionais, bem como facilita o acesso de empresas brasileiras aos mercados financeiro e de capitais de outros países.³⁶

Destacados a importância dos mercados para o desenvolvimento nacional e o papel crucial da criação de regras para disciplinar de maneira adequada área que lida tão intrinsecamente com a poupança popular, mister se faz discorrer sobre o conceito subjacente às expressões “mercado financeiro” e “mercado de capitais”, expondo o motivo segundo o qual entendemos que devam ser compreendidas e consideradas de forma separada, conquanto possuam basicamente a mesma função sócio-econômica: circular poupança.

II.3. Mercado Financeiro e Mercado de Capitais

Partindo do conceito de que mercado é o conjunto de trocas de bens ou valores da mesma ou de diferentes espécies realizadas em grande escala, com a observância de procedimentos e condições específicas, René Izoldi Ávila definiu mercado de capitais, na primeira metade da década de 70, como sendo o conjunto das relações que se estabelecem entre os empresários e os detentores de poupanças, mediante as quais recursos de terceiros são captados pelas empresas com vistas à ampliação da produção de bens e serviços.³⁷ Quando essa mobilização de poupanças dá-se com a intermediação de instituições financeiras integrantes do setor bancário, emergiria o mercado financeiro, cujo objetivo seria de conferir segurança ao poupador.³⁸

Sempre houve definições amplas e definições estreitas acerca do que seria mercado financeiro, influenciando, assim, a sua interação com o mercado de capitais. Constata Nelson Eizirik que, para alguns, o mercado de capitais é tido como o próprio mercado financeiro, confundindo-se com ele, ao passo que para outros o mercado de capitais, por vezes chamado de mercado de valores mobiliários, é visto como uma das partes integrantes

³⁶ Sobre o tema, cf. SANTOS, João Victor Guedes. “Direito Tributário e Justaposição: A Contabilidade Societária e os Limites à Neutralidade Fiscal”, in Roberto Quiroga Mosquera (org.), *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, São Paulo: Dialética, 2010, pp. 185-193.

³⁷ In *Os Incentivos Fiscais ao Mercado de Capitais*. 2ª ed., São Paulo: Resenha Tributária, 1973, pp. 40-41.

³⁸ ÁVILA, René Izoldi *op. cit.* (nota 37), p. 44.

do sistema financeiro, dentro do qual estariam outros mercados.³⁹ Esta última parece ser a definição do mencionado autor, quando expõe que o Sistema Financeiro Nacional seria composto por quatro subsistemas, dentre estes o mercado de crédito (ou mercado financeiro em sentido estrito) e o mercado de valores mobiliários (ou mercado de capitais).⁴⁰⁻⁴¹

Pois bem. A palavra “finanças” tem sua origem etimológica no termo *finer*, que significa pôr fim, liquidar. Nesse diapasão, há quem rejeite a diferenciação adotada por alguns juristas entre mercado financeiro e mercado de capitais.⁴² Para Elidie Bifano, ambos os mercados seriam financeiros, já que estão lastreados em moeda e se voltam a relações intersubjetivas que envolvem liquidação de operações nas quais estão presentes poupadores e tomadores.⁴³

Certo é que tanto no mercado financeiro (assim entendido o mercado de crédito) como no mercado de capitais (assim entendido o mercado de valores mobiliários) há operações que se finalizam, gerando ganhos e perdas de moeda para os agentes econômicos que deles se utilizam. Nesse sentido, analisando-se a etimologia da palavra “finanças”, efetivamente ambas as modalidades de mercado são financeiros. No entanto, julgamos ser mais adequado, ao tratar desses mercados, valermos-nos da conceituação que se convencionou adotar com base na relação existente entre os agentes que neles atuam, caso contrário não se torna possível diferenciar transações detentoras de características absolutamente distintas.⁴⁴

Como destaca Hal Scott, quando se está diante de transações financeiras (em sentido lato), os ofertadores de recursos (*suppliers of funds*) são sempre tidos como poupadores (*savers*), mas, a depender do tipo de transação com que estivermos lidando, estaremos diante de poupadores caracterizados como depositantes (*depositors*) ou como investidores (*investors*). No outro extremo desta relação teríamos os tomadores (*users*), que, conforme a transação financeira ocorrida, podem ser tidos como mutuários (*borrowers*) ou emitentes

³⁹ *Op. Cit.* (nota 17), p. 27.

⁴⁰ Os dois outros subsistemas seriam o mercado monetário e o mercado cambial, que não serão objeto de estudo nesta oportunidade.

⁴¹ EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 161.

⁴² BIFANO, Elidie Palma, *op. cit.* (nota 4), p. 45.

⁴³ *Op. Cit.* (nota 4), pp. 80-81.

⁴⁴ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 14), pp. 89-91.

(*issuers*). Na primeira situação mencionada, temos instituições financeiras atuando como intermediários necessários entre os depositantes e aqueles que demandam crédito, os mutuários. De outra forma, a relação entre investidores e emitentes dá-se de maneira direta, atuando as instituições financeiras apenas com o objetivo de auxiliar a negociação de títulos e valores mobiliários.⁴⁵

Trazendo esses conceitos à classificação com base nos agentes diretamente atuantes nos mercados, o mercado financeiro seria caracterizado como o recinto da intermediação, em que instituição financeira coloca-se entre o poupador e o tomador de recursos com o objetivo de facilitar a realização das operações ditas bancárias. É o mercado em que predomina o auferimento de ganhos e rendimentos de renda fixa. Já o mercado de capitais seria conceituado como o recinto em que há a desintermediação, ou seja, em que o poupador entra diretamente em contato com o tomador, sem que qualquer instituição financeira (ou bancária) seja parte nas negociações, embora as auxilie. No mercado de capitais, predominam os ganhos e rendimentos de renda variável.

Neste compasso, como bem expôs Roberto Quiroga Mosquera, “*se no mercado de crédito o banco é o personagem principal, no mercado de valores mobiliários ele é coadjuvante obrigatório*”. E prossegue o jurista afirmando que no “*mercado de valores mobiliários, a entidade financeira apenas figura como interveniente obrigatória, mas sem assumir riscos de crédito. Aquele que dispõe de recursos financeiros acaba por transferi-los aos necessitados de forma direta, sem qualquer intermediação*”.⁴⁶⁻⁴⁷

À medida que capta recursos junto ao público, a instituição financeira efetua operações passivas, colocando-se na posição de devedora perante o poupador, ao passo que se vê diante de operações ativas quando repassa esses recursos monetários captados para os que necessitam de crédito, cobrando remuneração por essa intermediação.

As operações creditícias que envolvem disponibilização de moeda a terceira pessoa geralmente acarretam a exigência de juros. Considerando o ponto de vista de quem recebe, juro é a recompensa pela abstinência ou pela renúncia à liquidez da moeda por um determinado período, ao passo que, sob o ângulo de quem paga, juro pode ser definido

⁴⁵ In *International Finance: Law and Regulation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 1.

⁴⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 8), p. 91.

⁴⁷ No mesmo sentido quanto à diferenciação entre o mercado financeiro (ou “mercado de crédito”) e o mercado de capitais, cf. ZUNZUNEGUI, Fernando, *op. cit.* (nota 31), pp. 22-24.

como a contrapartida pelo uso de recursos monetários de outrem. Em suma, juro é o preço do dinheiro no tempo, constituindo mecanismo cujo objetivo é igualar o poder de compra presente com o poder de compra no futuro.⁴⁸⁻⁴⁹ Pela atividade de intermediação de crédito desenvolvida por instituições financeiras surge o *spread* bancário, assim entendido como a diferença positiva entre a taxa de juros cobrada em operações ativas e a taxa de juros paga em operações passivas.

As operações que originam a remuneração do capital por meio de juros dão-se no mercado financeiro propriamente dito, ou mercado creditício. No mercado financeiro, as instituições financeiras atuam como verdadeiros “intermediários do crédito”, captando recursos dos agentes econômicos superavitários para emprestá-los aos agentes deficitários de forma habitual, profissional e com fins lucrativos. Apropriam-se de recursos do público como se fossem próprios e transferem-nos aos que necessitam de capital. São entidades devedoras dos depositantes, os quais podem sacar seus recursos à vista, e credoras dos beneficiários dos empréstimos, cujas dívidas são constituídas a prazo. Desenvolvem, portanto, de maneira cumulativa, as atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros.⁵⁰

De acordo com Roberto Quiroga Mosquera, não apenas as instituições financeiras participam do mercado creditício captando recursos da poupança popular; o Estado também exerce essa função, notadamente por meio da emissão e negociação de títulos públicos. Isto porque, por definição legal, os títulos públicos não são caracterizados como valores mobiliários,⁵¹ o que os retira do mercado de capitais, tratando o autor essa captação direta do Estado para financiar a sua dívida como exceção à assertiva de que no mercado

⁴⁸ Cf. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 349.

⁴⁹ Deveras interessante é ter conhecimento de que, segundo o pensamento aristotélico, a acumulação de riqueza era necessariamente antiética e por isso qualquer cobrança de juros em decorrência do empréstimo de moeda era tida como usura. Esse pensamento cristalizou a opinião de uma época e se manteve por muito tempo, sendo a Aristóteles e a outros setores da sociedade repugnante e contrária à natureza a idéia de remuneração decorrente do uso da moeda, a qual deveria tão somente possuir função de troca. Sobre o preconceito aristotélico e eclesiástico em relação aos juros e a evolução histórica das concepções acerca da remuneração pelo uso da moeda, cf. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de, *op. cit.* (nota 48), pp. 335-348.

⁵⁰ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), pp. 2-5.

⁵¹ Lei nº 6.385/76:

“Art. 2º. São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

[...]

§ 1º. Excluem-se do regime desta Lei:

I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal;

[...]”

financeiro deve haver necessariamente a intermediação de uma instituição financeira na relação que se instaura entre tomadores e poupadores. Tratar-se-ia, pois, de atividade atípica do mercado creditício.⁵²⁻⁵³

Em contrapartida, no mercado de capitais também há a atuação de instituições financeiras, as quais, contudo, não atuam assumindo o risco do crédito, mas meramente como intervenientes cuja atuação pode se resumir à criação de um ambiente que favoreça a aproximação direta entre poupadores e tomadores. Não obstante, muito embora no mercado de capitais a mobilização de recursos seja efetuada diretamente entre os agentes superavitários e os agentes deficitários, deve-se mencionar que na emissão pública de valores mobiliários torna-se obrigatória a presença de instituição financeira participante no processo de colocação dos títulos (*underwriting*), a qual em nenhum momento desenvolve papel de intermediação propriamente dita entre poupadores e tomadores.⁵⁴

Conforme as lições de Nelson Eizirik et al., a função econômica primordial do mercado de capitais seria a de permitir às empresas (sociedades anônimas) a captação de recursos não-exigíveis com vistas a financiar projetos de investimento ou alongar o prazo de suas dívidas. Essa captação de recursos dar-se-ia por meio da emissão pública de valores mobiliários, que, salvo exceções como debêntures e *commercial papers*, não obrigam a empresa a devolver recursos aos investidores, mas a remunerá-los por meio de dividendos caso a empresa apresente lucros.⁵⁵ Diz-se, portanto, que o mercado de capitais corresponde a um mercado de risco, uma vez que os investidores não possuem garantias firmes quanto ao retorno que obterão do capital investido. Nele os investidores em regra atuam como verdadeiros parceiros da empresa carente de recursos, sendo remunerados em razão do sucesso do negócio como um todo.

Ainda neste momento, é importante notar que o mercado de capitais pode ser subdividido em mercado primário e mercado secundário. No mercado primário, o tomador

⁵² *Op. Cit.* (nota 8), p. 90.

⁵³ De maneira diversa Nelson Eizirik parece tratar a questão, uma vez que, ao segmentar o Sistema Financeiro Nacional em quatro, coloca os títulos da dívida pública federal, estadual e municipal exclusivamente no mercado monetário (ou *open market*), reservando a outro plano o mercado creditício. (*Op. Cit.* (nota 41), pp. 52-53)

⁵⁴ Essa assertiva é válida inclusive no caso de *underwriting* firme, com garantia de subscrição total, em que a instituição financeira distribuidora (*underwriter*) assume compromisso de subscrever a totalidade dos valores mobiliários emitidos para posteriormente revendê-los ao público em geral (Lei nº 6.385/76, art. 15, I, “a”). Nesta hipótese, não nos parece que o fato de a instituição financeira adquirir valores mobiliários, podendo inclusive não conseguir repassá-los ao público em geral, confere à operação natureza creditícia.

⁵⁵ *Op. Cit.* (nota 18), p. 8.

de recursos efetua, com o auxílio de instituições financeiras, a colocação de valores mobiliários, a fim de captar recursos da poupança popular. Traduz, pois, operação original de movimentação de recursos monetários no mercado de capitais. Uma vez adquiridos valores mobiliários no mercado primário, a sua negociação por parte dos então detentores ocorre no dito mercado secundário. Em tal recinto, o poupador que originalmente efetuou o investimento cede a sua “quase-moeda” para outro poupador, ou mesmo para o próprio tomador, o qual nesta hipótese recupera para si o valor mobiliário emitido.

O mercado primário cumpre com a finalidade principal do mercado de capitais, qual seja, a captação de recursos junto ao público. Já o mercado secundário tem como função essencial a conferência de liquidez aos valores mobiliários, permitindo que seus adquirentes possam transferi-los com rapidez. Nada obstante essa constatação, não se pode dizer que o mercado primário é mais importante do que o mercado secundário, porquanto sem a existência de mercado secundário ativo e eficiente restariam prejudicadas as operações de captação de novos recursos junto a poupadores que primam pela liquidez de seus ativos.⁵⁶⁻⁵⁷

Partamos, finalmente, ao conceito de valor mobiliário, tão fundamental para o mercado de capitais.

Após perfazer criterioso estudo sobre a definição da expressão “valor mobiliário”, cuja importância conceitual cingir-se-ia à necessidade de delimitação da atuação estatal no mercado de capitais através de órgãos reguladores,⁵⁸ conclui Ary Oswaldo Mattos Filho que esta expressão traduz o investimento oferecido ao público, sobre o qual o investidor não tem controle direto e cuja aplicação é efetuada na expectativa de obter lucro, sendo desnecessária a corporificação, por meio de um título emitido, da relação obrigacional existente.⁵⁹

⁵⁶ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), pp. 10-11.

⁵⁷ Ilustra Roberto Quiroga Mosquera que no mercado financeiro também se pode cogitar da existência de mercados primário e secundário, o que ocorreria na captação de recursos por instituições financeiras através da emissão de títulos como os Certificados de Depósito Bancário (CDB) – mercado primário – com a possibilidade de, antes do resgate, os investidores negociarem seus títulos com outrem – mercado secundário. (*Op. Cit.* (nota 8), p. 94 – nota de rodapé 126)

⁵⁸ Cf. EIZIRIK, Nelson. “Os Valores Mobiliários na Nova Lei das S/A”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 124, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 72.

⁵⁹ In “O Conceito de Valor Mobiliário”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 49.

No que toca à definição de valores mobiliários, comenta-se que a redação original da Lei nº 6.385/76 teve grande inspiração na legislação francesa. Isso porque a França adotava aceção mais estrita para a definição desses instrumentos financeiros, com enumerações taxativas. Nesse diapasão, nos seus primórdios a legislação norte-americana também possuía aceção estrita de valores mobiliários, com a mera apresentação de lista *numerus clausus*, porém, depois de muitas críticas e decisões jurisprudenciais – sendo o caso *Howey* (1946) considerado o grande *leading case* existente –, introduziu-se no Direito norte-americano conceito mais amplo à noção de “*security*”.⁶⁰⁻⁶¹

Importante marco no mercado de capitais brasileiro ocorreu em 2001, com as Leis nºs 10.198 e 10.303, quando, após algumas decisões jurisprudenciais, modificou-se a legislação nacional com vistas a adaptá-la ao conceito de *security* construído no Direito norte-americano.⁶² Com inspiração no hodierno conceito estadunidense de *security*, as mencionadas Leis estabeleceram que quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, parceria ou remuneração, inclusive resultante da prestação de serviços, e cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, constituem valor mobiliário, desde ofertados publicamente.⁶³

Sendo assim, adotou-se definição conceitual que não exige que se altere periodicamente a legislação brasileira visando a arrolar novos produtos financeiros que sejam desenvolvidos e oferecidos no âmbito do mercado de capitais, já que se passa a ter um rol exemplificativo e não mais taxativo de tais instrumentos financeiros, conferindo maior flexibilidade ao poder regulatório da CVM sobre o extremamente dinâmico mercado de capitais.

⁶⁰ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), pp. 28-50.

⁶¹ Aplicando definições extraídas do caso *Howey* às características que distinguem operações no mercado de capitais das operações no mercado financeiro, conclui Nelson Eizirik que a submissão de determinado título ou contrato ao regime legal dos valores mobiliários pressupõe a existência dos seguintes elementos básicos: (i) modalidade de investimento coletivo, destinado a circular em massa; (ii) fornecimento de recursos do investidor para o emissor do título ou contrato; (iii) gestão dos recursos efetuada por terceiros, e não pelo próprio investidor; (iv) comunhão de interesses econômicos interligados juridicamente entre investidor e gestor, que buscam sucesso do empreendimento comum; (v) expectativa do investidor de participar dos lucros do empreendimento; e (vi) participação nos riscos do empreendimento, que são diversos de riscos meramente comerciais ou de crédito. (*Op. Cit.* (nota 41), p. 60)

⁶² EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *op. cit.* (nota 18), p. 53.

⁶³ Cf. EIZIRIK, Nelson, *op. cit.* (nota 58), pp. 72-84.

De forma sintética, foram vistos alguns dos traços marcantes que nos conduziram a diferenciar o mercado financeiro do mercado de capitais. Esta segmentação permite que se individualizem mercados com características distintas, seja pela forma de atuação dos agentes seja pelos tipos de ganhos e rendimentos predominantemente auferidos em cada um deles, muito embora ambos cumpram a mesma função econômica: mobilização da poupança nacional.⁶⁴ São esses os conceitos que utilizamos neste estudo ao nos referirmos a mercado financeiro e a mercado de capitais, ou, de forma conjunta, a mercados financeiro e de capitais.

Saliente-se, à guisa de conclusão, que a despeito de os mercados financeiro e de capitais traduzirem ambientes com características e mecanismos distintos, não há que se falar que estes constituem realidades díspares, antagônicas. Como há mais de duas décadas expôs Arnaldo Wald quando se debruçou sobre a realidade brasileira, há “*entre o sistema financeiro e de mercado de capitais uma superposição e uma interpenetração, que se justificam por motivos históricos, de tal modo que ambos constituem, na realidade, verdadeiros irmãos siameses [...]*”.⁶⁵ Essa assertiva do jurista justifica-se precisamente pelo fato de ambos os mercados terem como finalidade precípua mobilizar poupança para fomentar investimentos.

II.4. Fluxo Circular e os Signos de Riqueza nos Mercados Financeiro e de Capitais

Expostos os conceitos e definições que cercam os mercados que serão doravante analisados sob espectros de política fiscal e de Direito Tributário, passa-se a explicitar de que forma a moeda circula em razão das relações econômicas que se concretizam entre os indivíduos, localizando os mercados financeiro e de capitais nesse contexto. Com isso possibilitar-se-á a visualização das incidências tributárias que especificamente gravam as operações conduzidas nos mercados, dentre elas o imposto que é objeto deste estudo: o Imposto de Renda. Para cumprir tal desiderato, far-se-á uso de ilustrativo modelo econômico que ficou conhecido como “fluxo circular”.

⁶⁴ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. “Os Princípios Informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais”, in Roberto Quiroga Mosquera (org.), *Aspectos Atuais do Direito do Mercado de Capitais*, v. 1, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 257-271.

⁶⁵ In “Mercado de Capitais no Brasil”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47.

Percebendo que existe identidade entre produto, dispêndio e renda, porquanto o resultado de uma economia poderia alternativamente ser medido pela soma dos valores adicionados em cada unidade produtiva (ótica do produto), pela soma do valor de todos os bens finais produzidos (ótica do dispêndio) ou pela soma das remunerações pagas a todos os fatores de produção (ótica da renda), Leda Paulani e Márcio Braga foram dois dos que constataram que o vaivém de bens, serviços e moeda forma um “fluxo circular de renda”.⁶⁶

O termo “fluxo” seria expressão de um movimento ou trânsito existente, ao passo que o termo “circular” indicaria que há uma passagem, mesmo que em movimentos e condições diferentes, pelos mesmos pontos. Esse fluxo circular é de “renda” por estar associado, exclusivamente, ao espectro monetário das transações, uma vez que bens e serviços finais não circulam, são consumidos numa única etapa, ao passo que a remuneração dos fatores de produção vai circulando de etapa em etapa.⁶⁷

Visando a explicar o fluxo circular da atividade econômica, Carlos Roberto Passos e Otto Nogami expõem a existência de dois tipos de agentes em economias de mercado: famílias e empresas. Esses agentes econômicos atuariam em dois segmentos mercadológicos, o de bens de consumo e serviços e o de recursos produtivos, e em função das necessidades existentes na sociedade estabelecer-se-ia o fluxo entre cada uma das unidades produtivas.⁶⁸ À medida que a intensidade do fluxo aumenta, maior é a produção, o dispêndio e a renda na economia. Portanto, o incremento do fluxo circular de renda indicará maior produção, maior consumo, maior emprego e, conseqüentemente, maior renda. A redução desse fluxo nos indicará exatamente a situação oposta.⁶⁹

Tudo quanto se expôs evidencia o papel de relevo que possuem o mercado financeiro e o mercado de capitais para a circulação de riqueza dentro da sociedade. A criação de mecanismos eficientes de transferência de capital dos agentes detentores de recursos monetários em excesso para os agentes que deles carecem possibilita o estabelecimento de fluxos de riqueza, desestimulando os agentes superavitários a manterem sua poupança estocada, sem convertê-la em investimento. Portanto, pode-se dizer que o desenvolvimento nacional provocado por mercados financeiro e de capitais pujantes dá-se em razão do incremento da intensidade do fluxo circular de renda que eles podem fomentar.

⁶⁶ In *A Nova Contabilidade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 16-20.

⁶⁷ PAULANI, Leda Maria; BRAGA, Márcio Bobik, *op. cit.* (nota 66), pp. 20-21.

⁶⁸ In *Princípios de Economia*. 2ª ed., São Paulo: Pioneira, 1999, pp. 34-36.

⁶⁹ PAULANI, Leda Maria; BRAGA, Márcio Bobik, *op. cit.* (nota 66), p. 21.

Neste sentido, Elidie Bifano tece merecidas críticas aos autores que não reconhecem que a remuneração financeira é fruto de atividade produtora de empregos e de oportunidades sociais, defendendo que o capital de risco movimenta a economia e catalisa o desenvolvimento. Numa racional semelhante à do fluxo circular, a autora leciona que o dinheiro aplicado na atividade financeira é de imediato repassado e investido em negócios geradores de emprego e multiplicadores de riqueza, resultando num fluxo fechado de aplicação, investimento, remuneração e devolução.⁷⁰

Com efeito, a remuneração financeira é mera decorrência da circulação de capitais na economia. Caso não sejam conferidas remunerações atrativas ao capital investido, o poupador não se sentirá estimulado a ofertar recursos monetários aos carecedores de capital. Destarte, enquanto por um lado possa ser criticada a intensidade dos ganhos auferidos por grandes conglomerados financeiros – em boa parte decorrente do denominado *spread* bancário –, não se pode afirmar que a remuneração financeira *per se* é um fator que atravanca o desenvolvimento nacional. Pelo contrário, é essa remuneração que incrementa o fluxo circular de renda na sociedade.

Em face de tais considerações, o fluxo circular de renda pode ser resumido na figura ilustrativa a seguir:⁷¹

⁷⁰ *Op. Cit.* (nota 4), pp. 66-67.

⁷¹ Com algumas adaptações, o esqueleto da figura ora refletida está baseada no modelo ilustrativo desenhado por Richard Musgrave e Peggy Musgrave. Cf. MUSGRAVE, Richard A; MUSGRAVE, Peggy B.. *Finanças Públicas: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p. 190.

Figura 1: Fluxo Circular de Renda

No modelo preconizado por Richard Musgrave e Peggy Musgrave, as famílias recebem renda das firmas em função de proventos originados do trabalho ou do capital (em sua terminologia, salários ou dividendos) e a divide entre dispêndios em consumo e poupança. Os dispêndios com bens e serviços são convertidos em receita (elemento positivo que compõe a renda) das firmas que os produzem, enquanto que a poupança é canalizada para investimentos, os quais também serão destinados para essas tais firmas, na condição de tomadoras de recursos econômicos.⁷²

Utilizando por base o conceito econômico de fluxo circular, os supramencionados financistas públicos norte-americanos foram pioneiros na preocupação em verificar os pontos em que impostos poderiam incidir.⁷³ Enfocando nossas atenções nas atividades desempenhadas nos mercados financeiro e de capitais e nos signos de riqueza neles existentes, apresenta-se, abaixo, simplificação do modelo de fluxo circular – sendo destacados, inclusive, a remuneração financeira e o retorno do capital – que nos fará visualizar com maior propriedade as incidências tributárias nos mercados ora analisados:

⁷² *Op. Cit.* (nota 71), p. 190.

⁷³ Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B., *op. cit.* (nota 71), p. 190.

Figura 2: Fluxo Circular de Renda e os Mercados

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 153 a possibilidade de a União instituir imposto sobre operações de crédito, de câmbio, de seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Trata-se do tributo que ficou vulgarmente conhecido como Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), o qual pode ser subdividido em quatro exações com hipóteses de incidência distintas: (i) IOF/Crédito; (ii) IOF/Câmbio; (iii) IOF/Seguros; e (iv) IOF/Títulos e Valores Mobiliários.⁷⁴

O IOF é imposto que possui, por excelência, natureza extrafiscal. Em outros termos, embora não se possa olvidar que também tenha objetivos arrecadatários, o IOF é primordialmente um mecanismo pelo qual o Estado, por meio do instrumento tributário, consegue intervir sobre a Ordem Econômica de acordo com as demandas existentes na sociedade. Com a existência de grande facilidade relativa à introdução de novas alíquotas para quaisquer modalidades do IOF, o Estado consegue moldar tal instrumento tributário em função de suas necessidades em termos de política monetária, cambial, creditícia, securitária e financeira, entre outras.

Nas transações ocorridas nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, possuem relevância as modalidades de IOF que incidem sobre operações de financiamento (IOF/Crédito), sobre operações efetuadas por não-residentes, em que há compra e venda de moeda estrangeira (IOF/Câmbio) e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários

⁷⁴ Cumpre registrar a crítica de Roberto Quiroga Mosquera no sentido de que a expressão “Imposto sobre Operações Financeiras” não reflete com propriedade a natureza das exações a que se refere, haja vista que não apenas transações de escopo financeiro são gravadas por tal imposto. (cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 14), pp. 112-115)

(IOF/Títulos e Valores Mobiliários). Em outro plano fica, pois, a modalidade de IOF incidente sobre operações securitárias (IOF/Seguros).

Outrossim, há que se mencionar a importância da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), que por tanto tempo onerou as operações concernentes à circulação da moeda, tão fundamentais no âmbito dos mercados financeiro e de capitais. Tendo sua instituição e cobrança sido autorizadas, inicialmente pelo prazo de dois anos, pelas alterações introduzidas por meio da Emenda Constitucional nº 12/96 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a vigência da CPMF acabou por ser sucessivamente prorrogada até sua extinção, quiçá definitiva, em 31 de dezembro de 2007.

Trata-se de tributo sucessor do também provisório Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), cuja instituição por lei complementar tinha sido autorizada pela Emenda Constitucional nº 3/93. Ambos corresponderam a tributos que incidiram sobre operações liquidadas ou lançamentos realizados por instituições financeiras, que representassem circulação escritural ou física de moeda de que resultasse, ou não, transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

Há que ser feita menção, também, ao Imposto sobre Serviços (ISS), que incide sobre atividades acessórias desempenhadas nos mercados financeiro e de capitais, notadamente sobre serviços prestados por instituições financeiras. Em princípio, todos os serviços desempenhados por entidades bancárias que auxiliam na consecução do objetivo principal dos referidos mercados, qual seja, a mobilização de poupança, são onerados pelo ISS.

Finalmente chega-se ao Imposto de Renda, que será estudado em suas minúcias ao longo deste ensaio. Este tributo, de competência da União, tem o condão de incidir sobre toda riqueza nova produzida no âmbito dos mercados financeiro e de capitais. Portanto, a remuneração financeira decorrente dos movimentos gerados pelo fluxo circular de renda é passível de incidência do imposto em comento.

Em face das necessidades arrecadatórias estatais, o Imposto de Renda foi construído de modo a possuir prevalente natureza fiscal, mas não é por isso que objetivos extrafiscais passaram ao largo de tal exação, notadamente no âmbito dos mercados. Cotidianamente

observa-se, na seara dos mercados financeiro e de capitais, o Imposto de Renda sendo utilizado prioritariamente como meio de gerar indução de comportamentos, fomentando a mobilização de poupança e o conseqüente desenvolvimento nacional. É exclusivamente sobre esta exação tributária que serão envidados esforços a partir deste momento, desconsiderando a existência de outros tributos que gravam, gravaram ou poderão no futuro gravar as transações ocorridas nos mercados financeiro e de capitais.

II.5. Imposto de Renda nos Mercados em Face da Teoria da Tributação e do Direito Tributário: A Tributação Dual da Renda no Direito Brasileiro

O mote deste estudo é a forma escolhida pelo legislador nacional para que o Imposto de Renda incida sobre a riqueza oriunda de transações efetuadas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais. O principal aspecto a ser aqui analisado é se a concessão de incentivos fiscais na seara da tributação da renda auferida nos mercados estaria em conformidade com a Teoria da Tributação e com o Direito Tributário. A importância dessa análise decorre prioritariamente do fato de que a renda oriunda do trabalho é, em inúmeras ocasiões, mais gravosamente onerada do que determinadas modalidades de renda decorrentes do capital, notadamente quando se está diante de capital financeiro.

Ao passo que parece haver consenso em torno da idéia de que a renda é o elemento que melhor reflete a capacidade contributiva dos indivíduos e de que é mais justa a instituição de imposto sobre a renda que trate todos os tipos de ganhos e rendimentos da mesma forma, a tendência no mundo é de instituir imposições tributárias sobre a renda de maneira cedular, com incidências mais severas sobre ganhos do trabalho do que sobre ganhos do capital.⁷⁵

Nesse contexto, é de se mencionar que o sistema tributário da maioria dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento nunca chegou a ser inteiramente global ou mesmo altamente progressivo. Na realidade, a tributação ampla da renda de que geralmente se fala é um conjunto de regras incompletas e às vezes inconsistentes aplicável

⁷⁵ LANG, Joachim. “The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, p. 3.

a diferentes tipos de ganhos e rendimentos.⁷⁶ Observa Joachim Lang que, na história da tributação sobre a renda, o conceito de tributação global nunca chegou a ser plenamente posto em prática em nenhum lugar, porquanto fatores como a utilização de variadas teorias e métodos contábeis, os interesses políticos e as isenções e alívios existentes resultariam em tenazes efeitos cedulares, conferindo-se cargas tributárias díspares para diferentes modalidades de renda.⁷⁷ Considerando esse cenário em que nenhum país aplica uma imposição fiscal sobre a renda de maneira totalmente global, Kevin Holmes chega inclusive a afirmar que há uma tendência atual de considerar como sistemas globais aqueles que tributam de uma mesma maneira a maioria dos ganhos e rendimentos auferidos (globalidade relativa).⁷⁸

Também Andrea Lemgruber assevera que essa realidade de tributação não-global é observada na maioria dos países, os quais tendem a tratar a renda oriunda do capital de forma mais benéfica, e cita como exemplo o modelo de *dual income* adotado nos países nórdicos desde os anos 90.⁷⁹ Essa tendência mundial de ausência de tributação global decorreria do fato de ser o capital o mais móvel dentre os fatores de produção, sendo a competição tributária internacional um dos fatores responsáveis por reduzir cada vez mais a tributação global sobre o capital, principalmente o financeiro, com vistas à atração de influxo de capital estrangeiro.⁸⁰

Credita-se a Niels Nielsen o mérito de ter sido a primeira pessoa que avançou na proposta de que o modelo de tributação global da renda deveria ser substituído por um modelo de combinação da tributação proporcional da renda do capital com a tributação progressiva das demais modalidades de renda.⁸¹ Trata-se do modelo que ficou conhecido

⁷⁶ BIRD, Richard; ZOLT, Eric. "Dual Income Taxation and Developing Countries", in *Columbia Journal of Tax Law*, v. 1, 2010, pp. 176-177.

⁷⁷ *Op. Cit.* (nota 75), p. 3.

⁷⁸ In *The Concept of Income: A Multi-disciplinary Analysis*. Doctoral Series, v. 1, Amsterdã: IBFD, 2000, p. 29.

⁷⁹ In "A Tributação do Capital: O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto sobre Operações Financeiras", in Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs.), *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209.

⁸⁰ LEMGRUBER, Andrea, *op. cit.* (nota 79), pp. 211-212.

⁸¹ SØRENSEN, Peter Birch. "From the Global Income Tax to the Dual Income Tax: Recent Tax Reforms in the Nordic Countries", in *International Tax and Public Finance*, v. 1, 1994, pp. 60-62.

como *dual income taxation*, o qual combina baixa alíquota fixa (*flat*) sobre a renda proveniente do capital com incidência progressiva sobre a renda oriunda do trabalho.⁸²⁻⁸³

Esse modelo, que concilia baixa tributação proporcional sobre a renda decorrente do capital e relativamente alta tributação progressiva sobre a renda proveniente do trabalho, foi implementado na Dinamarca, na Finlândia, na Noruega e na Suécia com vistas a lidar com uma série de desafios fiscais que emergiram nos países nórdicos entre o final dos anos 80 e o início dos anos 90, dentre estes a saída maciça ao exterior de investimentos em portfólio (depósitos bancários, ações e títulos públicos e privados), originada da globalização dos mercados financeiro e de capitais.⁸⁴ Segundo demonstram Richard Bird e Eric Zolt, esses foram os primeiros países que explicitamente rejeitaram um modelo de tributação global da renda e passaram a tributá-la de maneira separada, em função das modalidades de ganhos e rendimentos auferidos.⁸⁵

Enquanto grande parte dos países situados na Europa introduziu alíquotas diminutas específicas sobre determinados tipos de ganhos e rendimentos provenientes do capital, traço fundamental do modelo escandinavo é que ele objetiva a aplicação de tributação proporcional para todos os tipos de rendimentos do capital, ao passo que mantém tributação progressiva sobre os rendimentos provenientes das demais fontes. Segundo tal modelo implementado nos países nórdicos, a renda do capital é tributada de acordo com uma alíquota fixa que é consideravelmente menor do que a maior alíquota progressiva incidente sobre as demais modalidades de renda.⁸⁶

A característica particular do modelo de *dual income* implementado nos países nórdicos é que ele deliberadamente distancia-se da tributação global da renda e aproxima-se de uma incidência tributária cedular, separando a tributação da renda proveniente do capital da tributação da renda proveniente de outras fontes.⁸⁷ É de se notar, no entanto, que apesar de conferir tratamento tributário não-uniforme às diversas modalidades de renda, o modelo tem como objetivo aumentar a base tributável naqueles países.⁸⁸

⁸² SØRENSEN, Peter Birch. "Dual Income Taxation: Why and How", in *CESifo Working Paper*, v. 1551, 2005, p. 2.

⁸³ BIRD, Richard; ZOLT, Eric, *op. cit.* (nota 76), pp. 185-186.

⁸⁴ BIRD, Richard; ZOLT, Eric, *op. cit.* (nota 76), pp. 174-175; 181-182.

⁸⁵ *Op. Cit.* (nota 76), p. 180.

⁸⁶ SØRENSEN, Peter Birch, *op. cit.* (nota 81), pp. 58-59.

⁸⁷ BIRD, Richard; ZOLT, Eric, *op. cit.* (nota 76), p. 176.

⁸⁸ SØRENSEN, Peter Birch, *op. cit.* (nota 81), pp. 57-58.

A despeito de poucos países adotarem o modelo escandinavo de *dual income* em sua completude, muitos ordenamentos jurídicos têm recentemente diferenciado cada vez mais a imposição tributária sobre rendimentos decorrentes do trabalho da tributação sobre ganhos e rendimentos provenientes do capital. Este é o caso do sistema jurídico italiano a partir de alteração legislativa introduzida no final de 1996.⁸⁹ Ainda, noticia-se que na Alemanha e na Suíça tem-se debatido de forma tenaz propostas de implementação do modelo de *dual income*,⁹⁰ bem como nos Estados Unidos,⁹¹ país este em que, como ocorre em muitos outros ordenamentos jurídicos, atualmente já se submete a renda decorrente do capital a um tratamento tributário diferente do aplicado à renda oriunda do trabalho.⁹²

Conquanto o atual modelo tributário brasileiro não mais preveja a segregação de ganhos e rendimentos em cédulas, não se pode afirmar que foi abandonado por completo o sistema cedular. Com efeito, muitos ganhos oriundos do capital são tributados de forma diferenciada, com a previsão de menor incidência sobre ganhos de capital e rendimentos de aplicações financeiras em contraposição a uma maior imposição fiscal sobre rendimentos do trabalho.

Constata-se que o que diferencia o modelo de *dual income* adotado nos países escandinavos da sistemática brasileira de tratamento diverso à renda do trabalho em contraposição a determinadas modalidades de renda do capital é que, no primeiro caso, o intuito principal é de incluir todas as formas de renda na base tributável, eliminando uma série de isenções e deduções especiais, ao passo que no Brasil acaba-se por afastar determinados tipos de renda do capital de qualquer tributação efetiva. Conforme mencionado, esse modelo híbrido adotado no Brasil também é observado em muitos países europeus.⁹³

Seja através da tributação uniforme sobre todos os ganhos e rendimentos provenientes do capital ou por meio de imposições tributárias diversas para cada tipo de ganho ou rendimento do capital, fato é que os países estão se mobilizando cada vez mais

⁸⁹ Cf. CORABI, Giampaolo. “L’analisi della Dual Income Taxation e della Tassazione dei Redditi di Capitale in Rapporto Allá Progressività IRPEF nel Sistema Tributario Italiano (La Dual Income Tax tra modello puro e atipicità applicative nell’Ordinamento italiano)”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 61-82.

⁹⁰ SØRENSEN, Peter Birch, *op. cit.* (nota 82), p. 2.

⁹¹ PIRTILÄ, Jukka; SELIN, Håkan. “How Successful is the Dual Income Tax? Evidence from the Finnish Tax Reform of 1993”, in *CESifo Working Paper*, v. 1.875, 2006, p. 1.

⁹² BIRD, Richard; ZOLT, Eric, *op. cit.* (nota 76), p. 178.

⁹³ SØRENSEN, Peter Birch, *op. cit.* (nota 81), pp. 57-58.

para enfrentar os problemas oriundos da competição global, conferindo menor tributação à renda oriunda do capital, notadamente a ganhos e rendimentos decorrentes de investimentos financeiros, os quais possuem base altamente móvel.

Em razão da redução da tributação sobre o capital financeiro, consequência da competição tributária internacional, pode-se afirmar que os sistemas tributários mundiais estão se tornando cada vez mais regressivos no que tange à tributação da renda: para que se sustentem as necessidades arrecadatórias estatais, há a necessidade de se tributar de forma mais severa fatores de produção menos móveis ou mesmo imóveis, como o trabalho assalariado e a propriedade.⁹⁴ Mediante alíquotas diferenciadas para a renda do trabalho e para modalidades de renda do capital, permite-se aos países extrema flexibilidade com relação à temática da competição fiscal, enquanto são mantidas alíquotas mais elevadas, por vezes progressivas, sobre rendimentos decorrentes de atividades laborais. A competição global força as nações a reduzirem alíquotas tributárias, o que ocorre especialmente nos países em desenvolvimento, que são mais dependentes de influxos estrangeiros de capitais.⁹⁵

Assim sendo, o movimento que se verifica em termos globais, inclusive no Brasil, é no sentido da criação de incentivos fiscais para que os países consigam progressivamente atrair mais investimentos, mobilizando a poupança tanto de seus residentes como de não-residentes com o objetivo de fomentar os mercados financeiro e de capitais, gerando, por conseguinte, desenvolvimento nacional.

Entretanto, a aplicação de tratamento tributário desigual entre a renda oriunda do capital e a renda provinda do trabalho, conferindo-se incentivos fiscais a modalidades de renda do capital, não está alheia a críticas. Tanto sob o espectro de política fiscal como sob o ponto de vista de tributação, suscita-se a equidade (ou a igualdade) como vetor com o condão de combater esse tipo de imposição tributária, entre muitos outros fatores. E é primordialmente nesse contexto que se situa este estudo: exame de se esse tratamento não-equânime (ou desigual) está em conformidade com os preceitos que guiam a Teoria da Tributação e o Direito Tributário.

⁹⁴ LEMGRUBER, Andrea, *op. cit.* (nota 79), pp. 211-212.

⁹⁵ BIRD, Richard; ZOLT, Eric, *op. cit.* (nota 76), pp. 174-176.

Este e outros pontos fulcrais à análise da tributação da renda produzida nos mercados financeiro e de capitais serão compulsados e analisados minuciosamente nas linhas que seguem, mas, antes disso, duas advertências principais devem ser enfatizadas neste momento, embora sejam retomadas oportunamente.

Primeiro, a abordagem que se faz neste estudo corresponde à tributação da renda nos mercados nacionais, quando residentes e não-residentes aqui investem. Não é escopo deste ensaio o exame da tributação da renda gerada por aplicações financeiras efetuadas no exterior por residentes, tampouco por não-residentes, uma vez que esses eventos não possuem relação direta e imediata com a imposição fiscal no âmbito dos mercados nacionais. Do mesmo modo não se considera, no caso de não-residentes, eventual tributação que o Estado em que estão domiciliados possa impor sobre ganhos e rendimentos decorrentes de aplicações financeiras efetuadas nos mercados brasileiros: a eficiência e a equidade serão sempre vislumbradas sob o espectro do Estado receptor do investimento.

Adverte-se também, em segundo lugar, que a análise que se propõe, quando relativa a residentes, visa sempre a focar na tributação da renda auferida por pessoas físicas, não por pessoas jurídicas. Isso porque, quando considerados os residentes, é na situação de pessoas físicas que se verificam os maiores incentivos fiscais concernentes à renda financeira: é essa mobilização de poupança que é fomentada pelo legislador nacional por meio do instrumento tributário, sendo a renda financeira das pessoas jurídicas, como regra geral, tributada da mesma maneira com que são oneradas as demais modalidades de renda corporativa.⁹⁶

⁹⁶ Neste caso, as retenções na fonte sofridas pelas pessoas jurídicas são consideradas meras antecipações do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) devidos. Importante notar que a renda financeira da pessoa jurídica é, como regra geral, integralmente tributada independentemente do regime tributário a que ela estiver sujeita (lucro real, presumido, arbitrado ou Simples Nacional).

PARTE II:

**TEORIA DA TRIBUTAÇÃO E OS
MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS**

III. ASPECTOS TEÓRICOS RELATIVOS À TEORIA DA TRIBUTAÇÃO

III.1. Funções Estatais, Finanças Públicas e a Formulação de Políticas Fiscais

Pode-se dizer que a finalidade primordial da tributação é proporcionar receitas para que o Estado possa fazer frente às necessidades públicas ou coletivas,⁹⁷ mediante o exercício de funções a ele inerentes. Seguindo a tradicional classificação dos financistas públicos norte-americanos Richard Musgrave e Peggy Musgrave, as atribuições estatais se enquadrariam necessariamente em uma das seguintes funções: (i) alocativa; (ii) distributiva; e (iii) estabilizadora. A primeira envolveria a composição de bens e serviços públicos a serem fornecidos para a sociedade. A segunda, os ajustes na alocação de renda e riqueza visando a um estado “justo” ou adequado de distribuição. E a terceira função corresponderia ao uso da política orçamentária tendo como meta o equilíbrio de fatores sócio-econômicos.⁹⁸

Dito de outra forma, a função alocativa referir-se-ia a ajustes na alocação de recursos sempre que no mercado não sejam encontradas condições que assegurem maior eficiência na utilização de recursos para a produção de bens e serviços voltados a satisfazer as necessidades gerais. Corresponderia, em suma, à destinação de recursos para a produção de bens e serviços públicos, isto é, bens indivisíveis e não-rivais que, por não possuírem valor de mercado, não poderiam ser fornecidos pela iniciativa privada, tais como a segurança e a justiça. Por seu turno, a função distributiva diria respeito à atribuição estatal de corrigir desigualdades na repartição do produto nacional. Já a função estabilizadora visaria a atenuar o impacto sócio-econômico de crises de inflação ou de depressão,⁹⁹ ou, mais especificamente, traduziria o uso da política econômica objetivando prioritariamente empregos, estabilidade de preços e taxa apropriada para o crescimento econômico.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

Ao longo da época do mercantilismo defendeu-se a menor intervenção possível do Estado sobre os agentes econômicos, tendo Smith teorizado sobre a mão invisível do

⁹⁷ VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação da Legislação Tributária*. Trad. Rubens Gomes de Sousa, Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932, pp. 125-126.

⁹⁸ Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B., *op. cit.* (nota 71), pp. 5-13.

⁹⁹ REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 18-20.

¹⁰⁰ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 10-17.

¹⁰¹ Para análise elucidativa de cada uma das funções estatais, cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. “Tributação e Política Fiscal”, in Eurico Marcos Diniz de Santi; Paulo de Barros Carvalho (orgs.), *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*, São Paulo: Noeses, 2005, pp. 576-579.

mercado, que possuiria o condão de criar os ajustes necessários às relações desreguladas existentes entre agentes privados, numa sistemática de “*laissez faire*”. Posteriormente adveio o intervencionismo, pregando-se a progressiva atribuição de funções ao Estado na esfera de relacionamento entre os setores econômicos e sociais. Hodiernamente, não se olvida que o mercado é deveras importante, com a atuação privada dos agentes econômicos, mas também se tornou indubitável que o Estado desenvolve papel fundamental nesse contexto.¹⁰²

Não mais se contesta que o Estado deva intervir na economia nacional com vistas a atingir determinados objetivos. A intervenção estatal é uma realidade com que direitistas e esquerdistas convivem sem que se discuta a existência de um papel importante a ser cumprido pelo setor público. A questão que se debate não é, pois, a intervenção em si, mas sobretudo em que grau ela deve existir. Uma das formas de se efetivar a atuação do Estado sobre os agentes econômicos é por meio do instrumento tributário, fomentando ou desincentivando determinados setores ou formas específicas de estruturação de negócios jurídicos ou operações.

Os Estados nacionais financiam suas atividades por meio de receitas originárias e de receitas derivadas. Leciona José Souto Maior Borges que receita originária é o ingresso público obtido pelo Estado através da administração de seus recursos e bens patrimoniais (*jus gestionis*), ao passo que receita derivada é a entrada decorrente do exercício do poder de império por parte do Estado (*jus imperii*).¹⁰³

Ambos os tipos de receitas, contidos na previsão orçamentária, são essenciais para que as funções estatais sejam exercidas, porquanto estas demandam vultosos dispêndios monetários. Desde há muito tempo as receitas derivadas, assim entendidas aquelas que não provêm do exercício de atividade econômica pelo Estado (*e.g.*, ingressos decorrentes da cobrança de multas de trânsito), representam a maior parte dos recursos que compõem os cofres públicos. Nesta seara, fundamental relevância orçamentária possuem os tributos, principal fonte de receitas estatais derivadas, razão pela qual passaram a ser tidos como mecanismo essencial para suprir as necessidades financeiras do setor público. Assim, a tributação constitui a força-motriz do Estado, sem a qual este dificilmente existiria.

¹⁰² STIGLITZ, Joseph E.. *La Economía del Sector Público*. 3ª ed., trad. María Esther Rabasco, Barcelona: Antoni Bosch, 2000, pp. 13-14.

¹⁰³ In *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 36.

Considerando as necessidades estatais e as condições de países ocidentais democráticos com considerável grau de desenvolvimento econômico, o economista alemão Fritz Neumark apresentou três funções para a tributação: (i) político-financeira; (ii) político-econômica; e (iii) sócio-política. A função político-financeira consistiria da busca de meios para financiar gastos públicos que não podem ou não devem ser financiados por outros mecanismos. A função político-econômica consistiria da contribuição para a realização de objetivos supremos da política econômica, qual seja, gerar desenvolvimento econômico continuado (*e.g.*, livre de inflação e de desemprego). Por fim, a função sócio-política consistiria da busca pela redistribuição de renda.¹⁰⁴

Em face do exposto, vê-se claramente a intersecção existente entre as funções estatais propostas pelos Musgrave e as funções preconizadas por Neumark para o sistema tributário, de modo que a constatação a que se chega mediante o cotejo das duas teorias é que os objetivos com os quais o Estado se depara e as possíveis finalidades da tributação acabam por se confundir, tornando-se indissociáveis.

Ao estipularem as políticas que serão priorizadas na agenda governamental de dado período, os agentes públicos ressaltam os objetivos a serem primordialmente vislumbrados, dando ênfase, pois, a uma ou mais das funções estatais acima arroladas. Nesse contexto devem ser destacadas as políticas fiscais, as quais são de extrema relevância para que o Estado consiga melhor desempenhar as funções públicas que lhe são inerentes, constituindo importante mecanismo de intervenção com vistas a alcançar determinado objetivo.

Sendo necessária a atuação governamental para guiar, corrigir ou mesmo suplementar o dito mecanismo privado de mercado, começa a emergir para nós a importância da formulação de políticas fiscais, as quais, inseridas no campo da Ciência das Finanças Públicas, visam a que o Estado consiga dar provimento às necessidades fundamentais de seus cidadãos. Sabe-se, como bem observou Michel Bouvier, que o processo de decisão acerca das políticas fiscais a serem implementadas é multirracional e complexo, produto da interação entre um número muito grande de atores, cada um agindo

¹⁰⁴ In *Principios de la Imposición*. Trad. José Zamit Ferrer, Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1974, pp. 46-47.

conforme sua própria racionalidade.¹⁰⁵ Verificados os interesses prevalentes em dado momento, serão ditadas as políticas fiscais que se deseja implementar para determinados setores econômicos e sociais, que servirão como diretrizes para a atuação do legislador com vistas à instituição de regras tributárias.

Passemos a examinar em mais detalhes os conceitos de finanças públicas e de políticas fiscais, de imediato sendo digno de nota o fato histórico de se atribuir a Smith o crédito de ter dado origem, com a sua clássica obra “Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, aos primeiros moldes da ciência que ficou posteriormente conhecida como “Ciência das Finanças”.¹⁰⁶

A atividade financeira do Estado pode ser descrita como a busca de meios para satisfazer a uma gama de necessidades públicas.¹⁰⁷ Ensina Aliomar Baleeiro que a Ciência das Finanças Públicas visa a explicar, por meio da investigação dos fatos, os fenômenos ligados à obtenção e ao dispêndio do dinheiro necessário ao financiamento estatal, bem como outros efeitos resultantes dessa atividade governamental.¹⁰⁸

Após percorrer diversas teorias estrangeiras sobre o tema, Geraldo de Camargo Vidigal definiu finanças públicas como sendo a ciência que estuda a utilização e o funcionamento dos instrumentos de troca no âmbito do Estado e as repercussões sociais pertinentes.¹⁰⁹ A Ciência das Finanças Públicas tomaria a atividade financeira do Estado sob um prisma teórico, preocupando-se com o estudo tanto da ação desenvolvida pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas como da ação mais adequada para o suprimento de tais necessidades.¹¹⁰ Aqui já se encontra a sua primordial diferença em relação ao Direito Financeiro: este tem por objeto o estudo das normas jurídico-financeiras que regulam a atuação estatal, ao passo que a Ciência das Finanças Públicas especula sobre a atividade financeira do Estado levando em conta aspectos econômicos e políticos.¹¹¹

¹⁰⁵ In “La Question de L’impôt Idéal”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, p. 17.

¹⁰⁶ Cf. PACIULLI, José. *Direito Financeiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1973, pp. 1-2.

¹⁰⁷ DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1973, p. 7.

¹⁰⁸ In *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9. Nessa mesma diretriz também se pronunciou o jurista em: BALEEIRO, Aliomar. *Cinco Aulas de Finanças e Política Fiscal*. 2ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 24.

¹⁰⁹ In *Fundamentos do Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 52.

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 18.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro, *op. cit.* (nota 110), p. 23.

Ao comentar as disciplinas que tratam da atividade financeira, Carlos Giuliani Fonrouge explana que os aspectos políticos, econômicos e técnicos são reservados à Ciência das Finanças (*Ciencia de las Finanzas*), ao passo que ao Direito Financeiro (*Derecho Financiero*) estariam guardados os aspectos jurídicos relacionados ao cumprimento dos objetivos do Estado.¹¹² Ou, dito de outra forma com base nos escritos de Geraldo Ataliba quando analisou as abalizadas doutrinas de Jèze e Wagner sobre o tema, entre outros importantes autores, a Ciência das Finanças Públicas “*estuda os princípios políticos, econômicos e administrativos que orientam o poder público no exercício de sua atividade financeira e os processos dessa ação*”.¹¹³

Neste mesmo diapasão assevera o economista galês Hugh Dalton que finanças públicas constituem tema que se situa numa linha divisória entre a Economia e a Política. O termo “finanças” significaria “assuntos de dinheiro” e sua administração, enquanto que a expressão “finanças públicas”, num sentido mais moderno, pressuporia a existência de uma “economia de dinheiro”.¹¹⁴ Tratar-se-ia de “ciência informativa”, cujo campo de atuação restringir-se-ia a fornecer aos agentes políticos os elementos necessários para compor a política financeira.¹¹⁵

Leciona Alberto Deodato que a Ciência das Finanças Públicas não busca apenas meios para fazer frente às despesas estatais, mas também objetiva utilizar instrumentos fiscais com fim intervencionista em matéria econômica, social e política.¹¹⁶ Neste contexto, a política fiscal será empregada não apenas para proporcionar ao Estado as receitas necessárias para cobrir despesas públicas, mas também para mobilizar a economia e redistribuir renda.¹¹⁷ Salta aos olhos, pois, que o tributo não é apenas um meio para financiar as despesas públicas, mas também instrumento de dirigismo econômico, com substancial função social.¹¹⁸

Nessa esteira caminha a primeira parte do nosso estudo, contextualizando ao leitor a inserção das políticas fiscais no âmbito da atuação do Estado na sociedade. Ver-se-á

¹¹² In *Derecho Financiero*, v. 1. 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 11.

¹¹³ In *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 25.

¹¹⁴ In *Princípios de Finanças Públicas*. 4ª ed., trad. Maria de Lourdes Modiano, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980, p. 29.

¹¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, *op. cit.* (nota 110), pp. 18-19.

¹¹⁶ *Op. Cit.* (nota 107), p. 12.

¹¹⁷ DEODATO, Alberto, *op. cit.* (nota 107), p. 5.

¹¹⁸ DEODATO, Alberto, *op. cit.* (nota 107), p. 12.

alhores que a doutrina tem cada vez mais se preocupado em alertar para a importância da adoção de medidas, pelo Poder Público, para o estímulo à capitalização das empresas¹¹⁹. Entre essas medidas estaria a manipulação adequada do instrumento tributário, o qual deve ser utilizado não apenas como fonte de receitas, mas, principalmente, para fins de circulação de riquezas, com o estímulo à aplicação das poupanças de modo a permitir o incremento da produção de bens e serviços que possam beneficiar a coletividade.

III.2. Modalidades de Imposição Fiscal: Uma Introdução à Teoria da Tributação

A necessidade de financiar as atividades estatais por meio da tributação faz emergir a discussão sobre qual materialidade deve constituir objeto da incidência tributária: a renda, o patrimônio, o consumo, as transações financeiras ou uma combinação de todas as formas de riqueza. Uma das grandes preocupações existentes no campo das finanças públicas é chegar a uma precisa conclusão sobre o modo adequado de se repartir a carga fiscal em função dos signos de riqueza verificados na sociedade.¹²⁰

A discussão sobre qual seria a forma mais adequada de tributação é antiga, e sempre dividiu grandes pensadores. De um lado, temos na figura de Montesquieu a contraposição entre os impostos sobre pessoas (*impôts sur les personnes*) e os impostos sobre mercadorias (*impôts sur les marchandises*), havendo clara preferência pela segunda forma de tributação, pois que não tolheria tão fortemente a liberdade dos cidadãos. Por outro lado, substituindo as expressões “impostos sobre pessoas” e “impostos sobre mercadorias” por “impostos diretos” e “impostos indiretos”, temos na figura de Quesnay a introdução de análise puramente econômica para defender que os impostos diretos seriam preferíveis justamente por alcançarem menos incisivamente as pessoas do que os impostos indiretos.¹²¹

¹¹⁹ Capitalização aqui não deve ser entendida apenas no sentido mais técnico atribuído pelo Direito Societário, de investimento direto numa pessoa jurídica por meio de incremento do capital social empresarial, mas como qualquer forma de disponibilização de recursos por poupadores, inclusive por meio de relação creditícia.

¹²⁰ HOLMES, Kevin, *op cit.* (nota 78), p. 3.

¹²¹ LARRÈRE, Catherine. “Impôts Directs, Impôts Indirects: Économie, Politique, Droit”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, pp. 116-119.

Pois bem. Tomando a renda e o consumo como as materialidades mais utilizadas nos tempos atuais para se exigir tributos, muitos autores se preocuparam em verificar qual dos dois signos de riqueza seria, sob o espectro tributário, o mais adequado, cotejando-os com proposições teóricas que foram sendo formuladas e aprimoradas ao longo dos últimos séculos por diversos autores, notadamente os economistas e financistas públicos, a que se convencionou denominar “Teoria da Tributação”.¹²² Em função de uma série de preceitos norteadores que serão examinados no tópico a seguir, a preocupação inicial foi estudar se era mais desejável sob o ponto de vista sócio-econômico a instituição de incidências tributárias sobre a renda ou sobre o consumo, comumente referidas como tributação direta e tributação indireta, respectivamente.

Partindo da denominada Teoria da Tributação, destaca Joseph Stiglitz ser possível que um sistema tributário híbrido, com imposição fiscal sobre a renda e sobre o consumo, seja menos eqüitativo, mais distorcivo e mais complexo sob um ponto de vista administrativo do que um sistema que adota uma base única de tributação. Analisando a renda como base tributável, menciona as distorções passíveis de serem geradas em razão da existência de rendimentos isentos ou não-tributados, tornando a tributação da renda extremamente discutível pelo viés da eqüidade. E, trazendo a teoria de Fischer de que seria mais adequado tributar os indivíduos em função do que obtêm da sociedade – o que seria medido pelo consumo – do que em função daquilo que nela aportam – o que seria medido pela renda –, o autor apresenta a discussão sobre a possibilidade de se utilizar como base tributária única o consumo.¹²³

Adotando como ponto de partida a constatação de que renda é igual a consumo mais investimento ($\text{renda} = \text{consumo} + \text{investimento}$), Joseph Stiglitz suscita argumentos em prol da tributação sobre o consumo em detrimento da imposição fiscal sobre a renda. Tais argumentos baseiam-se tanto em eqüidade como em eficiência. Considerando a questão da eqüidade, o mencionado economista norte-americano afirma que a tributação sobre o consumo (i) pode ser progressiva, (ii) equivale a gravar a renda de toda vida do indivíduo, (iii) permite que as pessoas paguem apenas pelos benefícios obtidos da sociedade, (iv)

¹²² O economista alemão Fritz Neumark foi um dos pensadores que mais se dedicaram ao estudo da Teoria da Tributação. No livro “Principios de La Imposición”, tradução espanhola do livro “Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik”, ele objetivou “*ofrecer una visión general, sistemática y lo más amplia posible, de los principios a que ha de someterse la política fiscal para que pudiera ser calificada de justa y de económicamente racional*”. (Cf. NEUMARK, Fritz, *op. cit.* (nota 104), p. 7)

¹²³ *Op. Cit.* (nota 102), pp. 619-621.

elimina discriminação contra quem prefere consumir (e obter benefícios) mais tarde e (v) elimina as distorções que um sistema tributário híbrido pode acarretar (*e.g.*, existência de rendimentos isentos ou não-tributados).¹²⁴ Desta forma, conclui não ser claro e pacífico que a tributação sobre a renda seja mais justa do que a tributação sobre o consumo, principalmente em decorrência de esta última modalidade captar o que o indivíduo obtém da sociedade.¹²⁵

Por seu turno, asseverou Edwin Seligman que não há nada inerentemente negativo na tributação indireta, da mesma forma com que não existe nada inerentemente positivo na tributação direta. Tudo dependeria da maneira como é aplicada, na prática, a modalidade de tributação escolhida, seja ela direta ou indireta. E sustentou o autor sua afirmação por meio da constatação de que a tributação sobre a classe trabalhadora não é necessariamente positiva, mesmo sendo direta, enquanto que a tributação sobre artigos de luxo, conquanto indireta, não é necessariamente negativa.¹²⁶ Em face disto, seria necessária a formulação de análise caso a caso para que se verifiquem os problemas e virtudes da adoção de tributação direta ou de tributação indireta em dadas situações.

A respeito do tema não se pode deixar de fazer menção a um dos principais baluartes da Teoria da Tributação, o economista alemão Fritz Neumark, que, com rigor científico desapegado de preconceitos, estatuiu que apenas com a combinação de várias categorias de tributos, com as vantagens e os inconvenientes específicos de cada uma delas, poder-se-ia satisfazer à totalidade dos preceitos norteadores da Teoria da Tributação, haja vista suas diferentes e peculiares propriedades.¹²⁷

Era exatamente este o ponto que queríamos alcançar. Conceitos como “equidade”, “eficiência”, “distorção” e “simplicidade” necessariamente aparecem em discussões relacionadas à modelagem ideal para que indivíduos sejam tributados. Não é nosso objetivo discorrer sobre que sistemática de tributação seria mais adequada, se sobre a renda ou sobre o consumo. A respeito do tema, recomenda-se obra em que o israelense radicado nos Estados Unidos Reuven Avi-Yonah expõe paradigmáticos argumentos de Bankman e Weisbach com o fito de romper com a corriqueira afirmação de que a tributação da renda é mais desejável, sob o espectro da Teoria da Tributação, do que a tributação sobre o

¹²⁴ *Op. Cit.* (nota 102), p. 622.

¹²⁵ STIGLITZ, Joseph E., *op. cit.* (nota 102), p. 503.

¹²⁶ In *Essays in Taxation*. Barcelona; Cingapura: Athena University, 2004, p. 11.

¹²⁷ *Op. Cit.* (nota 104), p. 30.

consumo.¹²⁸ Relegando este debate em específico a outro plano, nosso estudo, como reiteradamente frisado, visa a tratar exclusivamente da tributação da renda, no âmbito dos mercados financeiro e de capitais.

Destarte, repisamos que não nos interessa nesta ocasião discutir qual a forma de tributação mais desejada em nossa sociedade, se sobre a renda ou se sobre o consumo. Aqui se torna irrelevante saber qual dessas materialidades demonstradoras de riqueza provocaria incidência tributária mais eqüitativa, mais eficiente, menos distorciva e mais simples. Tomamos para os presentes fins que a tributação sobre a renda é uma realidade, independentemente da existência de tributos sobre o consumo, sobre a propriedade e sobre transações financeiras em geral. E é sobre esta realidade posta que será aplicada a Teoria da Tributação.

Noutros termos, nosso objetivo é analisar os preceitos norteadores da Teoria da Tributação, tais como a eqüidade e a eficiência, voltando-os única e exclusivamente à tributação da renda obtida nos mercados financeiro e de capitais. Quando do exame de determinados preceitos norteadores, será necessária a elaboração de análise comparativa com a incidência tributária em outros âmbitos que não os mencionados mercados, mas deve-se ressaltar que também nessa hipótese nossa investigação restringir-se-á à tributação da renda. Ficam em plano alheio a este estudo as outras formas de tributação existentes na sociedade.

Para que se apliquem os preceitos norteadores da Teoria da Tributação à imposição tributária sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, torna-se imprescindível o estudo das principais teorias a respeito do tema, que acabaram por direcionar muitas outras que foram criadas mais recentemente. Analisar-se-ão, na seqüência, as teorias formuladas por Smith, Musgrave e Musgrave, Neumark e Stiglitz a respeito da denominada Teoria da Tributação, verificando-se os diversos pontos de intersecção entre elas e algumas dissonâncias existentes, para que depois, agregando-se reflexões contidas em outras obras sobre o tema, possa-se formular teoria que mais adequadamente se molda aos tempos e necessidades atuais.

¹²⁸ Cf. AVI-YONAH, Reuven. “Os Três Objetivos da Tributação”, in Alcides Jorge Costa et al. (org.), *Direito Tributário Atual*, v. 22, trad. Luís Flavio Neto, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 7-29.

III.3. Teoria da Tributação: Preceitos Norteadores

III.3.1. Considerações Preliminares

A formulação de um sistema tributário tido como ideal deve passar a preocupar não somente os doutrinadores, mas a própria Administração fiscal, pois se mostra como condição *sine qua non* para a aceitação de um tributo como essencial e legítimo, sem que a sociedade o repila. Em face das transformações ocorridas no cenário econômico-financeiro internacional, torna-se imperativa a reflexão sobre a legitimidade de um tributo e, conseqüentemente, do poder fiscal que o institui.¹²⁹

As linhas-mestras para se analisarem as características de um sistema tributário são ditas pela Teoria da Tributação. Princípios, postulados, diretrizes, vetores, cânones, regras, máximas da tributação; qualquer que seja o termo utilizado, inicialmente indicará algo normativo, preceitos contidos no campo do “dever-ser” formulados com vistas à realização de determinados objetivos.¹³⁰ Nada obstante, as linhas-mestras em comento também acabam por atuar no campo do “ser”, descrevendo e traçando as características do sistema tributário existente.

Em nossa incursão pela Teoria da Tributação, adotar-se-á a denominação “preceito” para designar qualquer conceito que possa ser tido, por outros autores, como princípio, postulado, diretriz, vetor, cânone, regra ou máxima da tributação. Faz-se aqui tal opção pelo fato de que alguns dos termos utilizados por diversos financistas públicos e economistas, tais como princípios e regras, por serem dotados de teor científico específico, especialmente para os juristas, acabam não se mostrando tão precisos quando aplicados a determinados conceitos. Prefere-se, por isto, a adoção de termo mais amplo que tem o condão de albergar múltiplos conceitos da Teoria da Tributação.¹³¹

Expressa Fritz Neumark que muitos dos postulados da Teoria da Tributação, tenham sido eles formulados antes ou depois da clássica obra de Smith, nasceram em razão do desejo de suprimir técnicas tributárias que eram tidas como prejudiciais sob um espectro econômico, social ou ético, substituindo-as por outras melhores. Todavia, em que pese essa origem puramente teórica, salienta que com o transcorrer dos anos não apenas no âmbito

¹²⁹ BOUVIER, Michel, *op. cit.* (nota 105), p. 23.

¹³⁰ NEUMARK, Fritz, *op. cit.* (nota 104), p. 43.

¹³¹ Contudo, haja vista o rigor científico que se deseja conferir a este estudo, quando se fizer menção, mesmo que indireta, às colocações de um dado autor, utilizar-se-á a denominação por ele empregada.

teórico passaram a se situar os postulados emergentes. Destaca o autor alemão que os aludidos postulados também foram sendo formulados como meio de se tecer juízo crítico sobre a realidade existente.¹³²

Haja vista esses dois espectros diversos sobre os quais se pode empreender análise crítica sobre políticas fiscais à luz da Teoria da Tributação – a esfera do “ser” e a esfera do “dever-ser” –, deveras importante se mostra o alerta de que é a perspectiva do “ser” que de forma predominante orientará a análise objetivada neste estudo. Ante as considerações teóricas trazidas pela Teoria da Tributação, tecer-se-á abordagem crítica sobre a realidade verificada nos mercados, examinando em quais situações restam atendidos ou relegados a segundo plano os preceitos que orientam uma ideal formulação de políticas fiscais nessa seara.

Conforme se verá, em variados casos os ditos preceitos norteadores são conflitantes entre si, devendo o legislador optar pela adoção de um ou alguns em detrimento de outros. Nesta hipótese, a nossa análise terá como fim a verificação de se a opção legislativa adotada, de desprezar um dado preceito da Teoria da Tributação, resguarda-se em adequada justificação. Noutras situações, preceitos norteadores são relegados não por causa de conflito com outros, mas em razão de inadequação da política fiscal utilizada. Este último caso denota hipótese em que partiremos da análise do “ser” para tecer proposições no campo do “dever-ser”, sugerindo mudanças na realidade dos mercados.

Para que se possa adentrar em considerações a respeito da prática da tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, mostra-se fundamental percorrer as principais teorias desenvolvidas acerca dos preceitos que orientam um sistema tributário ideal, sistematizando-as e adequando-as aos objetivos que ora se busca.

*III.3.2. A Teoria de Adam Smith*¹³³

Credita-se ao economista e filósofo escocês Adam Smith o mérito de ter sido um dos precursores no desenvolvimento de teoria sobre os preceitos norteadores da tributação, os quais devem orientar as nações quando do delineamento dos seus respectivos sistemas

¹³² *Op. Cit.* (nota 104), pp. 44-45.

¹³³ Cf. SMITH, Adam. *The Wealth of Nations* (livros IV e V). Nova Iorque: Classic House Books, 2009, pp. 305-307.

tributários. Isto ocorreu em 1776, com a publicação da primeira edição da clássica obra outrora mencionada que ficou conhecida como “A Riqueza das Nações”¹³⁴, na qual condensou máximas (ou cânones) que, de acordo com Aliomar Baleeiro, teriam sido inicialmente formuladas por Boisguillebert, Verri e Justi como máximas de sabedoria fiscal.¹³⁵⁻¹³⁶

Teorizou Adam Smith que existiriam quatro máximas aplicáveis aos impostos em geral: (i) equidade; (ii) certeza; (iii) eficiência¹³⁷; e (iv) conveniência. Muito embora tais máximas tenham sido formuladas num cenário de liberalismo econômico, não se afastam do que hodiernamente os financistas públicos pregam para um sistema tributário ideal.¹³⁸

Primeiramente, os súditos do Estado deveriam contribuir para as despesas estatais de maneira proporcional às suas capacidades, em proporção à receita que cada um aufere. Este seria o fator que determinaria a equidade ou a ausência de equidade na tributação. Eis a razão segundo a qual Adam Smith estatui que o imposto que recai exclusivamente sobre um tipo de riqueza, decorrente do capital ou do trabalho – nas palavras do autor: aluguéis, lucros e salários –, é, necessariamente, não-equitativo, bem como o é aquele que recai desigualmente sobre um dado tipo específico de riqueza.

Importante apontar que, desde a segunda metade do século XVIII, Adam Smith já dispunha de forma clara que a equidade pode ser atingida mediante contribuições individuais de maneira proporcional para as despesas estatais, não havendo a necessidade de imposição tributária progressiva para tanto.¹³⁹

Os tributos também deveriam ser certos e não-arbitrários, com cada indivíduo tendo prévio conhecimento do período e da forma de recolhimento e do montante a pagar. Com clareza e evidência, seja para o contribuinte ou para qualquer outra pessoa, a respeito dos

¹³⁴ O título original de sua obra é “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

¹³⁵ Cf. BALEEIRO, Aliomar, *op. cit.* (nota 108), pp. 284-285.

¹³⁶ Nesse mesmo sentido expôs Benvenuto Griziotti que, desde os séculos XVII e XVIII, vários autores, dentre estes Petty e Verri, vêm ditando o que denomina “cânones econômicos das finanças”. Posteriormente Smith teria reelaborado parcialmente tais cânones, os quais podem ser renovados e completados com outros em função das exigências econômicas e das idéias científicas mais atuais. (In *Principios de Ciencia de las Finanzas*. 6ª ed., trad. Dino Jarach, Buenos Aires: Depalma, 1959, p. 76)

¹³⁷ Smith não utiliza um termo específico para designar essa máxima, razão pela qual, em função das suas características, também é denominada “economia” por autores que a ele se referem.

¹³⁸ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

¹³⁹ Essa discussão será retomada em capítulo posterior, quando se discutirá sobre o modo como o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva atua em nosso ordenamento jurídico-tributário.

tributos a serem exigidos, evitar-se-ia o arbítrio do coletor, resultante de discricionariedade desmedida. Para Adam Smith, a certeza na tributação seria de tal importância que, em seu entendimento, um grau deveras elevado de iniquidade nem de longe representaria mal tão grande como um pequeno grau de incerteza ou indefinição tributária.

Outrossim, o autor coloca como uma das suas máximas da tributação a eficiência (ou economia), que teria como pressuposto o planejamento de um tributo de tal modo que retire do cidadão o mínimo possível de recursos. Isto implicaria que: (i) o recolhimento do tributo não necessite de um alto número de funcionários estatais envolvidos; (ii) o tributo não seja exigido de forma a desestimular os indivíduos a aplicarem em setores-chave que geram sustento e empregos a muitas pessoas; (iii) o tributo seja criterioso de forma a não estimular a evasão, uma vez que a punição severa a sonegadores teria o condão de arruinar empresários que poderiam gerar benefícios à comunidade mediante a aplicação produtiva de seus capitais; e (iv) o tributo deva expor as pessoas ao mínimo possível de incômodos decorrentes de inspeções de coletores (fiscalização). A inobservância de um desses fatores poderia acarretar muito mais constrição para os súditos do que benefícios ao soberano.

Assevera também que todo tributo deve ser exigido no momento e da maneira que seja mais provável que o contribuinte tenha recursos para pagá-lo, sendo, portanto, conveniente. Neste sentido, dispõe que tributos que geralmente se mostram convenientes são os que recaem sobre bens de consumo como artigos de luxo, haja vista que nesses casos o contribuinte arca com o dispêndio aos poucos e à medida que adquire bens.

III.3.3. A Teoria de Richard Musgrave e Peggy Musgrave¹⁴⁰

Constatando que, desde o pioneirismo de Smith, filósofos e economistas vêm discutindo a imposição de tributos na sociedade e o modo como o Estado deve atuar na formulação de políticas fiscais, Richard Musgrave e Peggy Musgrave também delineiam as características que entendem serem fundamentais num sistema tributário julgado ideal.

Segundo os financistas públicos norte-americanos, poder-se-iam segmentar os objetivos da tributação em: (i) equidade; (ii) eficiência; (iii) certeza; e (iv) neutralidade.

¹⁴⁰ Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B., *op. cit.* (nota 71), pp. 3-17.

Richard Musgrave e Peggy Musgrave preconizam que a distribuição do gravame tributário deve ser eqüitativa, havendo uma “justa contribuição” por parte dos indivíduos, ficando a determinação do montante dessa contribuição ao Estado a cargo da adoção de políticas fundadas na teoria do benefício ou no por eles denominado princípio da capacidade contributiva (*ability-to-pay principle*).

Ademais, de forma semelhante à que dispunha Smith, pregam que o sistema tributário deve favorecer uma administração fiscal eficiente, com baixos custos administrativos e de *compliance* (eficiência), bem como que deve ser plenamente compreensível para o contribuinte, gerando-lhe exatidão sobre o objeto tributado (certeza).

Também conforme a teoria dos Musgrave, outro objetivo da tributação seria a neutralidade, na medida em que o elemento tributário deve influenciar o mínimo possível a eficiência nas alocações de fatores econômicos nos diversos setores.

Estatuem ainda os financistas públicos norte-americanos que a estrutura tributária deve favorecer a utilização da política fiscal relativamente aos objetivos de estabilização e crescimento. No mesmo sentido, asseveram que os tributos podem ser utilizados com vistas à correção de ineficiências do setor privado, atribuindo-lhes, portanto, um caráter indutor de comportamento.

*III.3.4. A Teoria de Fritz Neumark*¹⁴¹

Com uma das obras mais completas sobre o tema, Fritz Neumark sistematizou todos os postulados que considerava serem importantes em sua época, alicerçados predominantemente no que denominou princípios político-sociais, político-econômicos e técnico-tributários. Mesmo tendo propositadamente deixado de lado alguns “velhos postulados”, que julgava não se aplicarem mais ao seu tempo, percorreu sobre nada menos que dezoito postulados da Teoria da Tributação.

¹⁴¹ Cf. NEUMARK, Fritz, *op. cit.* (nota 104), pp. 79-450. Para resumo sistematizado dos preceitos norteadores da Teoria da Tributação tais como delineados por Neumark, ver quadro sinótico contido na introdução da tradução espanhola de seu livro, elaborado por Enrique Fuentes Quintana.

Voltados a princípios político-sociais, Fritz Neumark arrola os postulados da generalidade, da igualdade, da tributação segundo a capacidade contributiva e da redistribuição. Todos esses postulados teriam como fim exclusivo a justiça na tributação.

Direcionados a princípios político-econômicos, são listados os postulados de evitar o dirigismo fiscal, da minimização da interferência estatal na economia, de evitar distorções na concorrência, da suficiência, da capacidade de adaptação ou incremento, da flexibilidade ativa, da flexibilidade passiva e do favorecimento ao desenvolvimento. Os fins desses postulados estariam relacionados à designação (ou alocação) eficaz de recursos, à estabilidade econômica ou ao desenvolvimento econômico.

Ainda, fundamentados em princípios técnico-tributários, são mencionados por Fritz Neumark os postulados da congruência e sistematização, da transparência, da factibilidade (ou praticabilidade), da continuidade, da economia e da comodidade. Esses postulados visariam ao que denominou eficácia operativa ou técnica.

Dado o escopo restrito deste estudo, não serão expostos, em todos os seus pormenores, os conceitos relacionados aos dezoito postulados trazidos por Neumark. Embora sejam muito interessantes as considerações que o autor alemão traz a respeito de todos eles, desviar-nos-íamos por demais do nosso objetivo de aplicar os principais preceitos norteadores da Teoria da Tributação à incidência tributária sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais. No entanto, alguns comentários devem ser tecidos neste momento sobre as proposições de Neumark que se julga mais essenciais a este estudo.

No que tange aos postulados concernentes a princípios político-sociais, cujo objetivo primordial seria instituir a justiça tributária, o economista alemão propôs basicamente que a tributação abrangesse todas as pessoas (generalidade) conforme a capacidade contributiva de cada um (capacidade contributiva), sendo necessário instaurar equidade horizontal e vertical (igualdade), podendo-se, inclusive, instituir tributação progressiva visando a efeitos redistributivos (redistribuição).

Com relação aos postulados relativos a princípios político-econômicos, é importante destacar que se de um lado afirma Fritz Neumark que a tributação deve interferir o mínimo possível na economia, de preferência evitando-se intervenções parciais e assistemáticas

que favoreçam um dado setor econômico, por outro lado destaca que os elementos constitutivos da estrutura tributária devem orientar-se de modo a não obstaculizar o desenvolvimento e exercer influência positiva sobre as forças que o condicionam. Trata-se da eficiência analisada tanto sob o ponto de vista da neutralidade da tributação como do fomento ao desenvolvimento econômico, enfoques estes quase sempre conflitantes entre si.

Por fim, no tocante aos postulados voltados a princípios técnico-tributários, merece destaque o esforço envidado pelo autor a que o ordenamento tributário seja claro, preciso, livre de contradições e sistematizado, de preferência com alterações sendo realizadas apenas por meio de amplas reformas, e não modificações pontuais. Ainda, a simplicidade na aplicação das regras tributárias também é requerida pelo autor alemão, além da comodidade, a que atribui conceito bem similar ao proposto por Smith.

III.3.5. A Teoria de Joseph Stiglitz¹⁴²

Importância também deve ser creditada aos esforços do economista estadunidense Joseph Stiglitz para traçar as características do que entende dever existir num sistema tributário desejável. Tais como os estudos dos Musgrave e de Neumark, a teoria do autor ora citado foi construída ao longo do século XX.

As características fundamentais do sistema tributário ideal segundo Joseph Stiglitz são cinco: (i) eficiência econômica; (ii) simplicidade administrativa; (iii) flexibilidade; (iv) responsabilidade política; e (v) justiça.

Embora a noção de eficiência possa também ser observada nos estudos do filósofo e economista Smith e dos financistas públicos Musgrave (Richard e Peggy), o teor do vocábulo “eficiência” para o economista Stiglitz, no contexto de delineamento da tributação, difere. O conceito de eficiência econômica tratado por este autor assemelha-se ao conceito de neutralidade trazido pelos Musgrave e também por Neumark. Para Joseph Stiglitz, o sistema tributário não deve interferir na alocação eficiente de recursos dentro da sociedade, não sendo desejável que o tributo influencie as opções escolhidas pelos agentes econômicos.

¹⁴² Cf. STIGLITZ, Joseph E, *op. cit.* (nota 102), p. 483.

Por outro turno, a segunda característica do sistema tributário ideal preconizado pelo economista norte-americano – simplicidade administrativa – assemelha-se ao conceito de eficiência trazido por Smith e Musgrave, caminhando em consonância com os princípios técnico-tributários de Neumark. De acordo com Joseph Stiglitz, para que se alcance simplicidade administrativa, tanto os custos de cumprimento (*compliance*) a serem incorridos pelos contribuintes como os custos fiscais com a arrecadação tributária devem ser baixos.

Prossegue Joseph Stiglitz afirmando que a tributação deve ser flexível, capaz de responder facilmente às mudanças de circunstâncias econômicas, e que deve ser politicamente responsável, gerando transparência na medida em que permita ao indivíduo prévio conhecimento do que está pagando e de como o ordenamento tributário posto reflete as suas preferências individuais. Vêm-se aqui traços de semelhança entre o conceito de responsabilidade política de Stiglitz e a máxima da certeza trazida por Smith, pelos Musgrave e por Neumark.

A última característica essencial do sistema tributário ideal vislumbrado por Stiglitz corresponde à justiça. Tal como vimos na teoria dos outros estudiosos mencionados, para este autor o conceito de justiça remonta à idéia de equidade, segundo a qual o tributo deve ser justo na maneira com que trata os diferentes indivíduos e situações.

III.3.6. Traços Característicos da Teoria da Tributação

Principalmente depois de Smith, muitos economistas, financistas públicos, filósofos e outros acadêmicos propuseram-se a formular requisitos julgados essenciais para que se tenha um sistema tributário ideal. De acordo com o jurista israelense Doron Herman, esses requisitos centram-se principalmente na eficiência – adotando-se aqui o sentido de minimizar interferências nas decisões dos contribuintes – e na equidade – no sentido de financiar gastos públicos de modo justo e igualitário. Ainda, são corriqueiras as menções à administração do sistema tributário de forma não-arbitrária, à estipulação de baixos custos

administrativos e de cumprimento (*compliance*) e à utilização do tributo de modo a facilitar o uso da política fiscal com vistas à estabilização e ao desenvolvimento.¹⁴³

Meditando acerca do que já foi escrito e adaptando a sua época, o economista e financista público italiano Benvenuto Griziotti alcançou a conclusão de que, num sistema ideal, os tributos: (i) não devem tolher dos cidadãos mais do que o necessário, evitando assim que se esgote a fonte de prosperidade econômica (produção, consumo e circulação da riqueza); (ii) devem ser cômodos, sendo cobrados conforme tempo e método adequados; e (iii) devem repercutir sobre aqueles com maior capacidade de contribuir ao Erário.¹⁴⁴

Com algumas denominações diferentes, mas conceitos similares, Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além expõem que o sistema tributário ideal em princípio possuiria quatro características: (i) eqüidade; (ii) progressividade; (iii) neutralidade; e (iv) simplicidade. As duas primeiras corresponderiam à distribuição eqüitativa do ônus entre os diversos indivíduos na sociedade, tributando de forma mais intensa os que detêm renda (ou riqueza) mais elevada. A neutralidade, por sua vez, imporá que os tributos minimizem os seus possíveis impactos negativos sobre a eficiência econômica, evitando distorções na alocação de recursos. Por fim, a simplicidade exigiria tributos de simples operacionalização, isto é, de fácil compreensão para contribuinte e arrecadação para o Estado.¹⁴⁵

Em estudo voltado a questões de política fiscal intitulado “*Tax and Economy*”, elaborado em 2001, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) dedicou especial atenção aos ditos princípios gerais que guiam políticas fiscais governamentais (*general principles guiding tax policy*). Conforme a aludida entidade internacional, a tributação deve dedicar especial atenção aos vetores “eficiência” (*efficiency*), “eqüidade” (*equity*) e “exigibilidade e cumprimento” (*enforceability and compliance*). Em razão de a tributação poder alterar o comportamento de consumidores, produtores e trabalhadores, alerta a OCDE que um dos efeitos que devem ser evitados ao máximo é justamente a redução da eficiência econômica. Outro ponto importante levantado pela OCDE é a distribuição dos encargos tributários na sociedade, que deveria

¹⁴³ In *Taxing Portfolio Income in Global Financial Markets: A Positive and Normative Exploration of Possible Solutions*. Doctoral Series, v. 2, Amsterdã: IBFD, 2002, pp. 89-91.

¹⁴⁴ *Op. Cit.* (nota 136), pp. 76-78.

¹⁴⁵ *Op. Cit.* (nota 100), pp. 17-20.

também se pautar pela justiça ou equidade, ainda que isso implique perdas de ordem de eficiência. Já exigibilidade e cumprimento seriam fatores importantes para que se possa por em prática, de modo adequado, os corolários da eficiência e da percepção pública de equidade na tributação.¹⁴⁶

No que tange à eficiência na tributação, expõe a OCDE que em regra ela pode ser alcançada por meio de: (i) aumento da base tributária mediante redução de isenções e regimes fiscais especiais; (ii) conferência de alíquotas fixas (não progressivas); e (iii) integração entre as diferentes estruturas tributárias para evitar oportunidades de planejamento tributário. Entretanto, fatores relacionados a incentivos ou desincentivos a setores econômicos, equidade ou simplicidade na tributação, dentre outros, teriam o condão de dificultar a aplicação do corolário da eficiência (no sentido de neutralidade) num sistema tributário.¹⁴⁷

Pois bem. Ante as variadas posições existentes sobre os preceitos norteadores da Teoria da Tributação, exige-se que se busque uma linguagem comum. Afinal, o conceito subjacente ao que para uns é denominado “eficiência”, para outros pode ser denominado “neutralidade” ou mesmo “simplicidade”. A cientificidade torna imperativa a consolidação, padronização e mesmo reconstrução do que se julga serem os principais preceitos da Teoria da Tributação, os quais serão utilizados ao longo deste estudo de acordo com a definição doravante expressa.

Quatro são os principais preceitos norteadores gerais da Teoria da Tributação que, nos tempos modernos, devem ser necessariamente levados em consideração no delineamento de sistemas tributários, notadamente no que tange à imposição fiscal sobre a renda dos indivíduos: (i) o preceito da equidade; (ii) o preceito da eficiência, possuindo este dois vieses, o da neutralidade e o do desenvolvimento; (iii) o preceito da simplicidade; e (iv) o preceito da conveniência. Apresentam-se, a seguir, as características essenciais de cada um deles.

Equidade. Traduzindo justiça na tributação, o preceito da equidade impõe tratar pessoas que se encontram em situação semelhante de modo similar (equidade horizontal) e tratar pessoas que se encontram em situação diferente de maneira diversa, de modo a evitar

¹⁴⁶ In “Tax and Economy: A Comparative Assessment of OECD Countries”, in *Tax Policy Studies*, v. 6, Paris: OCDE, 2001, p. 17.

¹⁴⁷ *Op. Cit.* (nota 146), pp. 17-18.

e dirimir desigualdades (equidade vertical). Muito embora não haja consenso sobre uma medida exata a respeito de como a justiça fiscal possa ser atingida, este é um objetivo que a sociedade sempre busca estatuir quando do delineamento de seu sistema tributário.

Eficiência. De acordo com nossa construção doutrinária, a eficiência na tributação pode possuir dois sentidos distintos, e por vezes antagônicos. Um primeiro sentido está ligado à idéia de neutralidade: tributo eficiente é aquele que influencia em menor grau o comportamento dos indivíduos, não gerando distorções econômicas relativamente à aplicação dos fatores. Trata-se da “*eficiência no seu viés de neutralidade*”.¹⁴⁸ O outro sentido está ligado à idéia de desenvolvimento: tributo eficiente é aquele que consegue fazer com que recursos econômicos ociosos circulem na sociedade, estimulando o desenvolvimento nacional. Trata-se da “*eficiência no seu viés de desenvolvimento*”. Não se pode dizer *a priori* que um ou outro objetivo prevalece sobre o outro, devendo cada um ser adotado em função da necessidade, ou não, de se induzir comportamentos por meio da tributação.¹⁴⁹

Simplicidade. Sistema tributário simples é aquele em que há facilidade de administração por parte das autoridades fiscais e de cumprimento (*compliance*) por parte dos administrados. Isso implica dizer, em primeiro lugar, que todo tributo cuja atividade relacionada à arrecadação seja mais dispendiosa do que o montante a ingressar para o Erário deve ser desprezado. Além disso, tributos complexos, de difícil compreensão e com altos custos de cumprimento para os contribuintes ou responsáveis são indesejáveis por estimular planejamentos tributários e mesmo a evasão fiscal, fazendo com que, com o transcorrer do tempo, o Poder Público tenha um decréscimo de receitas tributárias, em racional semelhante à criada pelo economista estadunidense Arthur Laffer na célebre “Curva de Laffer”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Dignos de nota são os dizeres de Luís Eduardo Schoueri no sentido de que, em seu entendimento, nos tempos atuais parece ser mais correto vislumbrar a neutralidade numa acepção mais restrita, de garantia de um ambiente de igualdade de condições competitivas (neutralidade em relação à livre-concorrência), e não mais como a não-interferência do tributo sobre a economia. (*Op. Cit.* (nota 138), p. 39)

¹⁴⁹ Roberto Quiroga Mosquera leciona que embora a neutralidade seja característica fundamental para a existência de um sistema tributário ideal, ela não pode ser dissociada da necessidade de adoção de políticas econômicas voltadas à obtenção de objetivos mais amplos, o que muitas vezes não se mostra neutro sob o espectro fiscal. (*Op. Cit.* (nota 101), p. 572)

¹⁵⁰ Embora em seu modelo tenha vislumbrado apenas os custos com tributos e não com obrigações acessórias relativas ao seu cumprimento, julgamos que a mesma racional formulada por Arthur Laffer possa ser aplicada nesta situação. Ele demonstrou por meio de gráfico contendo parábola com a região curvada voltada para cima – o qual possui como funções a “arrecadação” no eixo vertical e a “carga fiscal” no eixo horizontal –

Conveniência. Um sistema tributário ideal também é o que retira recursos dos indivíduos no tempo e da maneira que lhes são mais convenientes. Isto indica que o tributo deve ser exigido quando o indivíduo tiver condições financeiras de arcar com o dispêndio, ou seja, quando o signo de riqueza que fundamentou a instituição do tributo já tenha sido devidamente verificado em termos monetários. Além disso, o tributo deve ser cobrado de forma que o indivíduo não sinta por demais o peso da carga fiscal que sobre ele recai; tratar-se-ia tanto de uma questão de percepção da exigência tributária como de comodidade com relação ao modo como está sendo cobrado o tributo.

III.4. Teoria da Tributação: *Trade-off* entre Eficiência e Equidade

Os sistemas tributários são essencialmente compostos por instrumentos que produzem distorções, influenciando o comportamento dos agentes econômicos. A questão que daí surge é por que as Administrações fiscais não adotam tributos não-distorcivos, isto é, tributos cuja incidência não depende do comportamento dos indivíduos, como seria o caso de impostos *per capita* ou impostos baseados em características individuais inalteráveis, como a cor dos olhos. A resposta a essa indagação talvez esteja fulcrada em equidade: tributos não-distorcivos podem produzir consequências distributivas indesejáveis. Portanto, objetivos distributivos apenas podem ser alcançados mediante certo custo em termos de eficiência econômica.¹⁵¹

A implementação, na prática, de políticas fiscais pode fazer com que emirjam contradições mais ou menos graves entre os distintos objetivos subjacentes aos preceitos da Teoria da Tributação, notadamente quando se observa o curto prazo.¹⁵² Sobre a hierarquia de objetivos dispostos em preceitos norteadores da Teoria da Tributação e conflitos entre eles, expressa Fritz Neumark que não há uma resposta válida para todo lugar e tempo a respeito de qual deve prevalecer. Isto dependerá da situação de fato e da interação entre as

que a arrecadação fiscal chega a seu limite quando se alcança um determinado nível ótimo de tributação. Este seria o ponto ápice da curva, em que a arrecadação atinge o máximo possível. A partir desse ponto, quanto mais se aumenta a carga fiscal, menos o Estado tende a arrecadar, porque os contribuintes se sentem menos estimulados a arcar com esse ônus e, em razão disso, buscam caminhos alternativos ao pagamento de tributos, sejam eles lícitos ou ilícitos. Sobre o assunto, cf. GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia, *op. cit.* (nota 100), p. 21.

¹⁵¹ SIQUEIRA, Rozane Bezerra; NOGUEIRA, José Ricardo; BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda. “Teoria da Tributação Ótima”, in Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs.), *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 173-174.

¹⁵² NEUMARK, Fritz, *op. cit.* (nota 104), pp. 48-49.

tendências da estrutura e conjuntura econômica, de um lado, e as forças e ideologias sócio-políticas, de outro, sendo certo que nem sempre os preceitos da Teoria da Tributação estarão em contradição recíproca.¹⁵³

Freqüentemente os Estados se deparam com *trade-offs* (ou dilemas) entre objetivos de equidade e de eficiência quando do desenho de políticas fiscais.¹⁵⁴ As grandes discussões existentes na Teoria da Tributação fundam-se justamente no conflito entre anseios voltados à equidade e anseios voltados à eficiência no seu viés de desenvolvimento. Neste sentido, apontam Rozane Siqueira et al. que o maior problema no delineamento do modelo tributário ótimo está na identificação da melhor combinação entre os objetivos de equidade e eficiência, ou seja, na formulação de estrutura tributária que permita ao Estado “*arrecadar uma dada receita e alcançar determinados objetivos distributivos ao menor custo em termos de perda de eficiência*”.¹⁵⁵

Na Economia, denomina-se “Eficiência de Pareto” a situação econômica em que não é possível melhorar o bem-estar de uma pessoa sem que o bem-estar de outra pessoa seja afetado negativamente. Assim, obtém-se o “Ótimo de Pareto” quando a alocação de recursos é a mais eficiente possível, isto é, quando não existem ineficiências alocativas que indiquem a subutilização de meios numa dada sociedade. A Eficiência de Pareto não se preocupa com considerações de ordem eqüitativa, deixando absolutamente em segundo plano as discussões sobre se os recursos tal como distribuídos num dado momento atenuam ou agravam as desigualdades sociais.¹⁵⁶ O fato de a economia ser eficiente no sentido de Pareto nada nos diz em termos de distribuição de renda.¹⁵⁷

Transpondo o mencionado conceito econômico à seara fiscal, expôs Joseph Stiglitz que uma estrutura tributária é eficiente no sentido de Pareto quando não existe outra que possa melhorar o bem-estar de uma pessoa sem piorar o de outra. Em outras palavras, estatuiu o economista norte-americano que o sistema tributário ótimo é aquele que maximiza o bem-estar dos indivíduos na sociedade.¹⁵⁸ O problema disto está em que quase nunca uma estrutura tributária eficiente no sentido de Pareto é interessante sob o ponto de vista eqüitativo. Com efeito, inexistindo a Eficiência de Pareto, há espaço para mexer na

¹⁵³ *Op. Cit.* (nota 104), pp. 453-454.

¹⁵⁴ OCDE, *op. cit.* (nota 146), p. 20.

¹⁵⁵ *Op. Cit.* (nota 151), p. 174.

¹⁵⁶ STIGLITZ, Joseph E., *op. cit.* (nota 102), pp. 69-72.

¹⁵⁷ STIGLITZ, Joseph E., *op. cit.* (nota 102), p. 103.

¹⁵⁸ *Op. Cit.* (nota 102), p. 589.

distribuição de renda sem gerar perdas em termos de eficiência; porém, estando a economia em seu ápice alocativo, quaisquer imposições tributárias que impactem os fatores produtivos visando à equidade acarretarão alguma perda de eficiência.

Este é o debate crucial que se coloca na Teoria da Tributação: em quais situações se deve prestigiar em maior grau a eficiência no seu viés de desenvolvimento em detrimento da equidade, e vice-versa? Utilizando-nos das palavras de Luís Eduardo Schoueri, pode-se dizer que o *trade-off* em tela impõe o teste de se o aumento da equidade vale a perda de eficiência, e vice-versa, o que depende da escolha social relativa à análise da disposição de se diminuir o grau de satisfação de um grupo em prol da satisfação de outro.¹⁵⁹

Visões distintas sob um espectro de finanças públicas, seja focando mais em equidade ou prestigiando a eficiência econômica, justificam padrões diversos de política fiscal relativa à imposição tributária sobre a renda: a equidade exigiria, em princípio, uma tributação global da renda, conferindo tratamento similar a ganhos e rendimentos independentemente de sua origem, ao passo que a eficiência que vise a alcançar desenvolvimento econômico propugnaria que a renda fosse tributada de maneira cedular, com tratamento mais benéfico aos ganhos e rendimentos provenientes do capital,¹⁶⁰ notadamente o financeiro.

As mais diversas reflexões sobre o papel da equidade na tributação já foram feitas por variados pensadores. Para Daniel Gutmann, a qualidade de um imposto (*impôt*) não se resume à justiça que este traz. Com vistas a que o imposto satisfaça a todos os anseios, o jurista entende que, além de ser justo, deveria o imposto: (i) produzir boa arrecadação; (ii) eventualmente gerar impacto positivo sobre o comportamento de agentes econômicos; (iii) possuir incidência limitada; (iv) ser de fácil recolhimento por parte dos contribuintes; e (v) não retirar a poupança popular. Ante a todas essas necessidades que busca num imposto, o jurista francês traz reflexão filosófica sobre se a justiça não seria uma qualidade acessória, tal como outrora teria afirmado o então presidente russo Vladimir Putin ao justificar a troca, na Rússia, de um sistema de tributação progressiva por um sistema de tributação proporcional tomando tão somente por base uma determinada racional econômica

¹⁵⁹ *Op. Cit.* (nota 138), pp. 31-32.

¹⁶⁰ LEMGRUBER, Andrea, *op. cit.* (nota 79), p. 208

formulada, mesmo compreendendo que isso não seria considerado muito justo sob um ponto de vista social.¹⁶¹

Importantes são os dizeres de Kevin Holmes a esse respeito. Afirma o filósofo neozelandês que embora isentar certas categorias de ganhos do montante total de renda tributável viole a equidade horizontal, outros objetivos de ordem econômica, social ou política suportariam o rompimento com o aludido corolário, tais como a utilização do mecanismo tributário concernente à imposição fiscal sobre a renda de modo a estimular o crescimento econômico. Citando Pechman, alerta, contudo, que os desvios do tratamento equânime não podem ser arbitrários, devendo a equidade ser a regra geral, salvo se presente importante objetivo nacional que exija o seu rompimento.¹⁶²

Conciliando essa constatação às máximas desenvolvidas por Smith, conclui Kevin Holmes que a equidade tem o condão de conflitar com a certeza, a simplicidade e a eficiência (no seu viés de desenvolvimento) na tributação, cabendo aos Estados nacionais, por meio de processo político, encontrar o equilíbrio ideal entre essas tensões existentes.¹⁶³

É de se ponderar que, conforme expressou a OCDE, de modo geral a neutralidade na tributação (ou, em nossa terminologia, a eficiência no seu viés de neutralidade) é consistente com um grau elevado de equidade horizontal. Cita como exemplo idêntica incidência tributária (progressiva) sobre variados tipos de rendimentos, o que limitaria distorções nas escolhas econômicas. No entanto, observando a eficiência no seu viés de desenvolvimento, constata a OCDE que da mesma forma que a aplicação de tributação progressiva reduz as iniquidades verticais, ela aumenta a ineficiência do sistema, reduzindo incentivos para a utilização de recursos laborais ou do capital e estimulando planejamentos tributários e evasão.¹⁶⁴

Tendo em mente não o aspecto quantitativo da renda, como fez Holmes, mas a renda em seu viés qualitativo, Judith Freedman traz outras considerações para sustentar que a ausência de tributação sobre determinados tipos de renda, como a renda do capital, tem o condão de ferir a equidade vertical. Alega a jurista britânica que esses tipos de ganho estariam relacionados a uma minoria detentora de riqueza traduzida em propriedades e

¹⁶¹ In “Du Droit à la Philosophie de L’impôt”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, p. 9.

¹⁶² *Op. Cit.* (nota 78), pp. 19-20.

¹⁶³ *Op. Cit.* (nota 78), p. 32.

¹⁶⁴ *Op. Cit.* (nota 146), pp. 18-20.

outras posses, o que por si só já implicaria que tais pessoas não estejam em situação similar àquelas detentoras de rendimentos do trabalho, ainda que o montante auferido seja igual. Não obstante, destaca a autora que qualquer argumento baseado em equidade deve ser contraposto às necessidades de concessão de alívio fiscal em função da “qualidade” do ganho de capital, como um meio de estimular a empresa, a poupança e o investimento em geral.¹⁶⁵

Destarte, embora de um lado se possa, em certas circunstâncias, conciliar a equidade e a eficiência no seu viés de neutralidade, adquirem status de celeuma quase que inconciliável as disputas existentes entre objetivos de equidade e de eficiência no seu viés de desenvolvimento. Deveras, tratamento tributário neutro pode ser alcançado por meio da standardização da incidência tributária imposta às rendas auferidas em razão da aplicação de fatores do capital e de fatores do trabalho, o que atenderia à equidade horizontal. Por outro giro, costuma-se alegar que a equidade vertical talvez apenas possa ser alcançada em grau satisfatório através da instituição de alíquotas progressivas, notadamente sobre fatores do capital, o que acarretaria perdas em termos de neutralidade. Em ambas as situações em que se verificaria o atendimento da equidade horizontal (standardização) e da equidade horizontal (progressividade), ficaria relegada a outro plano a eficiência no seu viés de desenvolvimento, porquanto não são prestigiados os setores-chave da economia.

Depois dessas considerações de ordem geral, tenhamos breves comentários sobre o *trade-off* entre equidade e eficiência quando se depara com um cenário globalizado.

Richard Musgrave aponta que a política fiscal em economias abertas encontra dois problemas de ordem de equidade. Uma primeira questão com que se depara diz respeito a como definir o que constitui tratamento equitativo entre indivíduos sujeitos a inúmeras jurisdições fiscais. Depois disso, há que se determinar como os países devem dividir receitas tributárias concernentes a transações internacionais ocorridas em seus territórios. Desta maneira, aplicando a máxima de que pessoas em semelhantes posições econômicas devem ser tratadas de maneira equitativa, afirma o financista público estadunidense que, numa economia fechada, a tributação deveria ser independente da composição da renda, seja ela decorrente do trabalho ou do capital, ao passo que, numa economia aberta, haveria um requisito adicional para a aplicação de tratamento equitativo: não se poderiam

¹⁶⁵ In “Treatment of Capital Gains and Losses”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, p. 194.

diferenciar rendimentos provenientes de fontes nacionais e rendimentos de fontes estrangeiras.¹⁶⁶

Do mesmo modo, salienta Richard Musgrave que para que se tenha alocação eficiente de recursos num cenário global (eficiência no seu viés neutralidade), os tributos não deveriam interferir na escolha entre investir domesticamente ou no exterior ou mesmo entre as jurisdições que albergarão investimentos estrangeiros.¹⁶⁷ Observa-se, pois, que quando considera transações num cenário globalizado, o mencionado financista público toma como ponto de partida sempre o Estado da Residência do investidor. Afirma que é essa jurisdição que terá que oferecer ao investidor a eficiência no seu viés de neutralidade quanto à escolha de se deseja efetuar investimentos nacionais ou estrangeiros e que é essa jurisdição que terá que garantir equidade na tributação, inclusive por meio de mecanismos para atenuar a dupla tributação internacional da renda.¹⁶⁸

Nada obstante as interessantes colocações de Musgrave, o nosso enfoque ao analisar a Teoria da Tributação sob o espectro da renda produzida nos mercados é outro. Como apenas se examinam os mercados financeiro e de capitais nacionais e o modo como eles impactam o desenvolvimento sócio-econômico brasileiro, aqui se devem tomar os preceitos norteadores expostos supra tão somente sob a perspectiva pátria.

Assim sendo, a equidade num cenário globalizado deve ser examinada neste estudo por meio de análise comparativa empreendida entre residentes efetuando investimentos no País e não-residentes também aportando capitais neste local. Desconsideramos, portanto, as implicações em termos de equidade global de o Estado em que o investidor não-residente está domiciliado basear seu sistema tributário na *Capital Export Neutrality* (CEN) e, portanto, tributar seus residentes numa base mundial, diferentemente do que ocorreria caso adotasse a *Capital Import Neutrality* (CIN), sistemática focada na

¹⁶⁶ In *Fiscal Systems*. New Haven; Londres: Yale University, 1969, pp. 243-244.

¹⁶⁷ *Op. Cit.* (nota 166), pp. 248-249.

¹⁶⁸ É nesse contexto que aponta o autor que haveria três maneiras de aplicação da máxima da equidade horizontal num cenário internacionalizado de economia aberta, com vistas a que a carga fiscal dos indivíduos que auferem a mesma monta de rendimentos, domesticamente ou no exterior, seja semelhante. Numa primeira aproximação mais global, o país seria obrigado a conceder crédito do imposto estrangeiro pago; numa visão mais nacionalista, o imposto pago no exterior apenas poderia ser considerado como custo, sendo deduzido da base dos rendimentos a serem tributados no país; já sob um espectro ultranacionalista, um país poderia ir ainda mais longe e não autorizar nem a dedução do imposto estrangeiro pago. Para Richard Musgrave, ainda não estaria plenamente respondida a questão de qual dessas sistemáticas atenderia da melhor forma a equidade horizontal. (Cf. MUSGRAVE, Richard A., *op. cit.* (nota 166), pp. 245-246)

territorialidade.¹⁶⁹ Portanto, a equidade será aqui testada sob a perspectiva do Estado da Fonte.

Outrossim, a eficiência no seu viés de desenvolvimento deve ser examinada mediante a análise de se o modelo posto permite que capitais nacionais e estrangeiros circulem dentro da economia brasileira, o que se dá, primeiramente, garantindo-se que não haja retenção de recursos monetários por parte dos poupadores residentes e não-residentes, por uma eventual ausência de atratividade nos investimentos ofertados, e, em segundo lugar, evitando-se a fuga de capitais nacionais, decorrente do aporte de recursos de residentes em outros mercados. Se isto é eficiente em termos globais não se mostra relevante para este estudo, cuja análise restringe-se a políticas fiscais brasileiras que visam ao desenvolvimento do País.¹⁷⁰

Tendo em vista esse contexto apresentado, discussões relativas ao *trade-off* entre eficiência e equidade nos mercados financeiro e de capitais serão balanceadas no capítulo subsequente, onde se fará aplicação prática dos preceitos norteadores da Teoria da Tributação.

¹⁶⁹ Apresentando argumentos de Peggy Musgrave sobre as diferentes justificativas para se tributar no Estado da Fonte ou no Estado da Residência, Michael Graetz assevera que hoje é amplamente aceita a tributação em ambos os Estados, porém aponta existir muita discussão sobre como alocar receitas fiscais entre os diferentes países. (In *Foundations of International Income Taxation*. Nova Iorque: Foundation, 2003, pp. 5-8)

¹⁷⁰ Nessa esteira, não se pode deixar de fazer menção a detalhado estudo em que Klaus Vogel expõe argumentos fundados em eficiência para que apenas o Estado da Fonte tribute a renda decorrente de investimentos em portfólio. (In “World-Wide vs. Source Taxation of Income: A Revision and Re-evaluation of Arguments”, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1990, pp. 161-164)

IV. TEORIA DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS

IV.1. Balanceamento entre Equidade e Eficiência na Tributação da Renda Auferida nos Mercados

O *trade-off* entre eficiência e equidade na tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais foi percebido por Joseph Stiglitz, quando constatou que os tributos sobre ganhos e rendimentos do capital, por mais justos que possam ser, tendem a reduzir a poupança e os investimentos produtivos.¹⁷¹ A despeito de haver aparente consenso em torno da importância do capital para fins de desenvolvimento econômico, não há um modelo de tributação pacificamente aceito como ideal, haja vista que, conquanto o acúmulo de capital deva ser estimulado com vistas ao desenvolvimento, a sua concentração em poucos agentes não é desejável sob o ponto de vista de distribuição de renda.¹⁷²

Depara-se assim com um dos mais importantes e controversos dilemas de ordem de política fiscal: caso se deseje maior eficiência no seu viés de desenvolvimento, tributa-se menos o capital; desejando-se mais equidade, tributa-se o capital com maior volúpia. Essa questão adquire contornos mais acentuados quando se está perante ganhos e rendimentos decorrentes do capital financeiro.

É nesse diapasão que Andrea Lemgruber, ao comentar o cerne do tradicional dilema existente na seara das finanças públicas entre eficiência e equidade, lembra que enquanto de um lado poder-se-ia defender que tributação mais gravosa sobre o capital permitiria conduzir o sistema tributário rumo ao objetivo redistributivo de justiça fiscal, a atenuação da incidência tributária sobre o capital teria o condão de incentivar a poupança e o investimento, fatores primordiais para o crescimento econômico de uma nação.¹⁷³

Adicionando-se mais tempero à análise desse dilema, há inclusive quem diga que a complexidade do sistema tributário deve-se em grande medida às tentativas do Estado de tributar a renda do capital, dificultadas pelos artifícios criados pelos contribuintes para escapar dessa tributação, o que poderia ser resolvido pela ausência de imposição fiscal

¹⁷¹ *Op. Cit.* (nota 102), p. 645.

¹⁷² LEMGRUBER, Andrea, *op. cit.* (nota 79), p. 207.

¹⁷³ *Op. Cit.* (nota 79), p. 208.

sobre essa modalidade de renda.¹⁷⁴ Seguindo essa linha de pensamento, a simplicidade acabaria por atuar *pari passu* com a eficiência no seu viés de desenvolvimento, constituindo mais um argumento para afastar objetivos fulcrados em equidade por ocasião da formulação de políticas fiscais voltadas aos mercados.

Sendo a insuficiência de poupança uma das principais restrições ao aumento do nível de renda em países com menores índices de desenvolvimento, adquire primordial atenção em termos de política econômica a promoção do aumento de recursos disponíveis para investimento. No entanto, objetivos relacionados à justiça fiscal podem ser conflitantes com a maximização do crescimento econômico por esse viés, pois tributação deveras incisiva, quiçá progressiva, pode acarretar redução da poupança global.¹⁷⁵ Do mesmo modo, a instituição de tributação elevada, notadamente a progressiva, sobre a renda oriunda de investimentos fará com que a poupança não seja devidamente mobilizada nos mercados nacionais, uma vez que os indivíduos não se sentirão tão atraídos pela remuneração líquida que seus recursos poderão produzir se ativos na economia.

Argumento recorrentemente utilizado pelos teóricos para sustentar a tributação da renda do capital remete à equidade vertical, uma vez que essas modalidades de ganhos e rendimentos estariam relacionadas a uma minoria detentora de riqueza traduzida em propriedades e outras posses. Todavia, tal argumento baseado em equidade deve ser contraposto à necessidade de concessão de alívio fiscal em função da espécie dos ganhos e rendimentos, como um meio de estimular a empresa, a poupança e o investimento em geral.¹⁷⁶

Destaca o economista dinamarquês Peter Sørensen que geralmente não é eficiente (no sentido de maximizar utilidade) a tributação da renda do capital no mesmo patamar da tributação prevista para a renda proveniente do trabalho, o que em princípio ocorreria num sistema tributário global. Há vasta literatura demonstrando que num cenário de economia aberta, com perfeita mobilidade internacional de capitais, seria mais adequado isentar ganhos e rendimentos oriundos do capital e concentrar a carga fiscal sobre rendimentos do trabalho – ainda mais na hipótese de ser impossível monitorar e exigir tributos sobre investimentos no exterior –, já que com a crescente movimentação transfronteiriça de

¹⁷⁴ STIGLITZ, Joseph E., *op. cit.* (nota 102), p. 622.

¹⁷⁵ REZENDE, Fernando, *op. cit.* (nota 99), p. 185.

¹⁷⁶ FREEDMAN, Judith, *op. cit.* (nota 165), p. 194.

recursos torna-se cada vez mais comum que os cidadãos invistam parte de sua poupança em solo estrangeiro.¹⁷⁷ Essa fuga de capitais acabaria por resultar numa ineficiência quanto ao uso do capital.¹⁷⁸

Caminhando por essa linha, asseveram os finlandeses Jukka Pirttilä e Håkan Selin que ao conceder tratamento mais favorável à renda decorrente do capital, o modelo de *dual income*¹⁷⁹ tornar-se-ia mais desejável sob o espectro da eficiência econômica (eficiência no seu viés de desenvolvimento). Ainda, tratando os diferentes tipos de ganhos e rendimentos provindos do capital de maneira equânime, evitando as isenções e deduções que sistemas ditos globais costumam trazer (globalidade relativa), o modelo de *dual income* mostrar-se-ia neutro (eficiência no seu viés de neutralidade).¹⁸⁰ Este é também o posicionamento da OCDE, que expôs que o fim primário do modelo de *dual income* é encontrar um balanço entre, de um lado, preocupações com a equidade e necessidades orçamentárias e, de outro, objetivos relacionados com eficiência e neutralidade.¹⁸¹

Demonstrou-se no tópico II.5 que o modelo de *dual income* adotado nos países nórdicos não é idêntico ao mecanismo de tratamento dual da renda aplicado no Brasil e em grande parte dos países inseridos num cenário de economia globalizada. Conquanto o legislador nacional não tenha tratado todos os ganhos e rendimentos decorrentes do capital da mesma forma, com alíquotas fixas e idênticas para qualquer modalidade de renda do capital percebida, como regra geral destinou aos ganhos e rendimentos financeiros tratamento tributário especial de forma a estimular o desenvolvimento econômico e reduzir a ineficiência dos mercados. Surgem assim os incentivos fiscais voltados à mobilização de poupança nos mercados financeiro e de capitais brasileiros.

A mobilização de recursos financeiros tornou-se pré-requisito para que as nações atinjam a estabilização e o crescimento econômico sustentável. Talvez até mais do que atrair capital estrangeiro, fazer com que a poupança interna seja mobilizada, de maneira a se atingir boa performance econômica e crescimento de longo prazo, é o principal desafio

¹⁷⁷ *Op. Cit.* (nota 81), pp. 70-79.

¹⁷⁸ SØRENSEN, Peter Birch, *op. cit.* (nota 82), p. 6.

¹⁷⁹ Sobre detalhes a respeito do modelo escandinavo de *dual income*, cf. tópico II.5.

¹⁸⁰ *Op. Cit.* (nota 91), p. 1. No mesmo sentido, cf. OCDE, *op. cit.* (nota 146), p. 29.

¹⁸¹ *Op. Cit.* (nota 146), p. 29.

com que os países emergentes se deparam. Ponto crucial nesse processo é o desenvolvimento dos mercados financeiro e de capitais.¹⁸²

Em dezembro de 2003, ocorreu em Genebra o 11º Encontro do Grupo *Ad Hoc* de Especialistas em Cooperação Internacional em Assuntos Tributários (*Group of Experts*), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse fórum de discussões foram debatidas diversas temáticas fiscais, dentre estas a tributação dos ganhos e rendimentos financeiros e o desenvolvimento do mercado de capitais. Tomando como base o estudo de Sugarman elaborado para o referido Encontro, Luís Eduardo Schoueri teceu comentários que nos fazem refletir sobre a relação dialética, e a princípio paradoxal, entre a redução da carga fiscal sobre a renda auferida no mercado de capitais e a necessidade de se manter o equilíbrio orçamentário por parte de países em desenvolvimento.¹⁸³

De acordo com o tributarista pátrio citado, existiria claro paradoxo no fato de que, por um lado, o fator tributário desempenha importante papel no estímulo ou desestímulo do mercado de capitais, o que encorajaria os países em desenvolvimento a reduzirem a carga tributária visando ao seu crescimento econômico sustentável, mas, em contraposição, as Administrações Públicas teriam o dever de manter seu equilíbrio orçamentário, o que exigiria ampla ponderação de qualquer renúncia fiscal.¹⁸⁴

Apenas aparentemente a relação entre renúncia fiscal e equilíbrio orçamentário é paradoxal quando lidamos com incentivos fiscais nos mercados. Na seara do estímulo ao desenvolvimento do mercado de capitais por meio do instrumento tributário, defrontamos com o seguinte panorama: conquanto a renúncia fiscal reduza inicialmente a arrecadação, ela tem o condão de aumentar o aporte de recursos poupados no mercado de capitais, elevando a base tributável e, conforme o caso, aumentando o nível absoluto de arrecadação no médio-longo prazo. E mais: além do possível ganho em termos de arrecadação fiscal, certamente há benefícios sócio-econômicos colaterais resultantes de incentivos concedidos no âmbito do mercado de capitais, como a elevação dos níveis de empregos e salários.

¹⁸² SUGARMAN, David. "Financial Taxation and Equity Market Development: Optimal Financial Market Tax Policy for Developing Countries", in *United Nations Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, 11º Encontro, Documento nº ST/SG/AC.8/2003/L.5, 2003, pp. 3-5.

¹⁸³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tributação e Cooperação Internacional", in *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 7, Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 25-54.

¹⁸⁴ *Op. Cit.* (nota 183), p. 47.

Eis a razão pela qual a jurista israelense Tsilly Dagan chegou a asseverar em importante estudo que a teoria econômica ensina que os ganhos locais decorrentes de investimentos estrangeiros são maiores do que as potenciais perdas arrecadatórias oriundas da redução tributária com vistas à atração de capitais alienígenas.¹⁸⁵

Com efeito, corolário básico de finanças públicas que as nações sempre objetivam cumprir, em maior ou menor grau, é o equilíbrio orçamentário, balanceando as receitas a serem auferidas e as despesas previstas, a fim de não apresentarem déficit monetário. A manutenção de equilíbrio orçamentário através de austeridade fiscal por vezes revela ser a melhor escolha para muitos, mas ela não pode ser tomada como modelo universal, não se adequando, pois, à realidade de todos os países.

Nesse contexto defende David Sugarman que os países em desenvolvimento não deveriam seguir incondicionalmente a lógica da austeridade fiscal, mas sim priorizar o uso de medidas tributárias para incitar e guiar o desenvolvimento econômico, ainda que isto prejudique temporariamente o orçamento público. A despeito de reconhecer que as nações que não atingiram desenvolvimento sofrem de limitadas bases tributárias, de administração fiscal ineficaz e de receitas não muito elevadas, prega o jurista britânico que os países devem empreender medidas para permitir certo nível de déficit com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico. Essa assertiva implicitamente toma em consideração que o desenvolvimento econômico acarretará o aumento de receitas fiscais de períodos subseqüentes, compensando, pois, a temporária perda de arrecadação.¹⁸⁶

Nessa toada, observa o jurista francês Philippe Didier que a concorrência fiscal (*concurrence fiscale*) fez com que se desenvolvesse nova classificação fiscal, fundada no grau de mobilidade da base ou materialidade sobre a qual tributos incidem. Numa ponta teríamos os tributos que possuem base pouco móvel, como os que incidem sobre os rendimentos do trabalho da pessoa física e sobre o consumo. Na outra extremidade existiriam os tributos cuja base impositiva seria demasiadamente móvel, como os incidentes sobre ganhos e rendimentos financeiros. É justamente sobre essas bases mais voláteis que a concorrência fiscal faz com que haja pressão para que os Estados reduzam a

¹⁸⁵ In “The Costs of International Tax Cooperation”, in *University of Michigan Law, Public Law and Legal Theory*, Research Paper nº 13; Michigan Law and Economics Research Paper nº 02-007, 2002, p. 13.

¹⁸⁶ *Op. Cit.* (nota 182), p. 6.

imposição tributária.¹⁸⁷ Tendo em vista a inegável importância da moeda como instrumento para alavancar o desenvolvimento das nações, intensa concorrência internacional se estabelece com o objetivo de captar recursos, o que acontece, primordialmente, por meio de remunerações cada vez mais atraentes para o capital investido, bem como através de encargos tributários cada vez mais diminutos.¹⁸⁸

Empreendendo estudo analítico sobre experiências práticas concernentes ao desenvolvimento do mercado de capitais nos Estados Unidos, na Malásia e no Brasil, David Sugarman concluiu que nesses três países os investidores individuais e as pessoas jurídicas demonstraram forte propensão a alterar investimentos e financiamentos em decorrência das flutuações dos retornos após a incidência tributária. Reitera, em face disso, a necessidade de se reduzirem os níveis absolutos e relativos de tributação sobre os ganhos e rendimentos financeiros, notadamente em países em desenvolvimento, uma vez que nestes as receitas decorrentes da tributação de capitais financeiros em geral já não contribuem significativamente ao Erário se comparadas com outras fontes de receitas estatais e, por isso, a concessão de incentivos fiscais de curto prazo no mercado de capitais não resultaria em grande renúncia fiscal.¹⁸⁹

Analisando dados concretos relativos à incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) nos anos 90, em que a despeito de ter havido redução das alíquotas incidentes a arrecadação com a exação pôde ser mantida, Andrea Lemgruber verificou que tal fenômeno foi resultado direto da expansão da base tributável em razão do aumento do número de contribuintes e dos montantes auferidos. Isto a fez alcançar uma conclusão que, embora lógica, não é trivial: fazer incidir tributação mais gravosa do que a imposta por outros países em um fator de produção tão móvel quanto o capital é afastar fluxos monetários estrangeiros e estimular a fuga de capitais nacionais, o que, por consequência imediata, acarreta perda com arrecadação.¹⁹⁰

Este parece ser o pensamento dos Estados quando cogitam da diminuição da carga tributária incidente sobre ganhos e rendimentos oriundos de produtos financeiros. O enrijecimento dos mercados financeiro e de capitais não é um bem em si mesmo, havendo

¹⁸⁷ In “La Notion de Concurrence Fiscale”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L'impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, p. 104.

¹⁸⁸ BIFANO, Elidie Palma, *op. cit.* (nota 4), p. 152.

¹⁸⁹ *Op. Cit.* (nota 182), pp. 10-18.

¹⁹⁰ *Op. Cit.* (nota 79), pp. 211-212.

motivos subjacentes para que se busque a fortificação dos mercados. Tais motivos são justamente as conseqüências benéficas que mercados altamente produtivos e atraentes para investidores nacionais e estrangeiros, residentes ou não-residentes, geram na economia como um todo, bem como a perspectiva de maior arrecadação em níveis absolutos no médio-longo prazo. Sendo assim, embora se deva estar ciente dos efeitos colaterais danosos que políticas fiscais desmedidas de concessão indiscriminada de incentivos tributários podem produzir, é notório que ajustes na tributação da renda são deveras importantes para a atração de capitais nacionais e estrangeiros com vistas a se atingirem estabilização e crescimento econômico sustentável.

Em suma, embora a tributação de ganhos e rendimentos provenientes de ativos financeiros tenha o potencial efeito de no curto prazo mobilizar razoável monta de receitas fiscais para o Estado, ela traz conseqüências negativas no que tange à eficiência macroeconômica para os países em desenvolvimento. Esse é o motivo pelo qual David Sugarman propõe, especificamente para o mercado de capitais, que os investimentos financeiros sejam isentos no curto prazo até que os mercados primário e secundário se solidifiquem plenamente, objetivando assim que seja criado virtuoso ciclo de melhorias na eficiência da alocação de recursos na economia.¹⁹¹

Todo o exposto nos conduz à conclusão de que na tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, objetivos voltados à eficiência no seu viés de desenvolvimento podem e devem, em determinadas situações, de alguma maneira predominar em face de objetivos fulcrados em equidade. Embora um sistema tributário justo deva ao máximo ser buscado, numa seara tão sensível e fundamental para a sociedade como os mercados financeiro e de capitais há a necessidade de se constatar existirem outros objetivos que não a justiça fiscal que, se alcançados, gerarão mais benefícios sociais do que a desmedida instauração de equidade na tributação da renda auferida nos mercados.

Surge a relevância da análise, na prática dos mercados, da eficiência tanto no seu viés de desenvolvimento como no seu viés de neutralidade, vieses estes que podem ser conflitantes entre si, neste caso devendo, *a priori*, ser privilegiada a busca do desenvolvimento econômico. A simplicidade e a conveniência da tributação da renda nos mercados atuam como importantes objetivos da Teoria da Tributação que devem ao

¹⁹¹ *Op. Cit.* (nota 182), pp. 7-8.

máximo serem almejados, podendo, na grande maioria das situações, atuarem conjuntamente com os objetivos de eficiência e de equidade, inclusive por vezes fomentando o atingimento deles.

IV.2. Ordenamento Jurídico-Tributário Posto e a Teoria da Tributação

IV.2.1. Tratamento Privilegiado à “Renda do Capital Financeiro”

Num sistema tributário dito global, toda renda, independentemente de como tenha sido originada, é submetida à tributação de forma conjunta, sem diferenciação de qualquer gênero. De outro modo, a incidência tributária segundo um sistema cedular segrega a renda em modalidades e sujeita-a a diferenciados tratamentos tributários em função de como foi auferida. Conquanto o ordenamento jurídico-tributário brasileiro na teoria não mais adote um sistema cedular de imposição fiscal sobre a renda, na prática observam-se resquícios do mecanismo que distinguia a renda em diferentes categorias para efeito de tributação.

A edição da Lei nº 7.713/88 constituiu um marco, ao menos em tese, para a abolição do sistema de tributação cedular nos moldes que outrora vigia. Conforme dispunha o seu artigo 4º, ficava a partir de então “*suprimida a classificação por cédulas dos rendimentos e ganhos de capital percebidos pelas pessoas físicas*”. Deveras, a sistemática de classificação da renda em diferentes cédulas foi expressamente suprimida pela Lei nº 7.713/88, por meio da revogação de dispositivos legais que a embasavam. No entanto, observou-se que mesmo a mencionada Lei – no que foi seguida por atos legais subsequentes – ainda submetia a renda a tratamento tributário diverso de acordo com a sua modalidade. Enquanto a renda do trabalho era submetida à incidência do Imposto de Renda de acordo com tabelas progressivas, determinadas modalidades de renda do capital continuavam sendo sujeitadas a tratamento tributário diferenciado, em regra mais favorável. Neste sentido, podemos pinçar, dentre inúmeros outros exemplos, o fato de que as pessoas físicas que auferiam ganhos de capital decorrentes da alienação de bens imóveis eram beneficiadas por isenções e reduções de base de cálculo, além de alíquota mais diminuta, bem como que as pessoas físicas eram submetidas à alíquota fixa e exclusiva de 25% sobre o “*rendimento real produzido por quaisquer aplicações financeiras*”.

Com o transcorrer dos anos, as distinções existentes entre o tratamento tributário da renda do trabalho e aquele destinado a determinadas modalidades de renda do capital acentuaram-se de forma mais intensa, ainda mais se considerarmos ganhos e rendimentos provenientes de aplicações efetuadas nos mercados financeiro e de capitais. De forma a estimular aportes financeiros nos mercados tanto por parte de residentes como de não-residentes, concedeu-se aos ganhos e rendimentos auferidos nesses recintos tratamento tributário mais vantajoso do que o conferido à renda obtida em função da utilização de recursos laborais. Como regra geral, a renda do capital era e continua sendo claramente expropriada, pelo instrumento tributário, de maneira mais suave do que a renda do trabalho.

No que tange aos rendimentos do trabalho, o Imposto de Renda incide a alíquotas progressivas. Desde o ano-calendário de 2010, a tabela progressiva aplicável à renda do trabalho passou a ser composta por quatro diferentes alíquotas (7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%) a serem utilizadas em função do montante auferido, sendo uma primeira parcela de renda isenta de imposto. Trata-se do que se convencionou denominar “progressividade por escalões”, porquanto ainda que o montante auferido seja vultoso, sempre haverá parcela de renda que estará isenta e parcelas que serão tributadas às alíquotas de 7,5%, 15% e 22,5%, sendo a parcela remanescente tributada pela alíquota máxima prevista, de 27,5%. Apenas não será tributada de acordo com todas essas alíquotas a pessoa que não auferir renda o suficiente para alcançar os escalões superiores. É de se observar, contudo, que o piso para a aplicação da alíquota máxima de 27,5% não é alto a ponto de alcançar apenas vultosas quantias de riqueza nova, o que implica dizer que a partir de um montante não tão elevado de renda a alíquota efetiva aplicável já tende a se aproximar da alíquota máxima de 27,5%.

Por outro turno, a incidência do Imposto de Renda nos mercados financeiro e de capitais raramente chega a atingir patamares muito elevados. Além de isenções específicas em relação a determinadas aplicações financeiras (poupança, certificados de recebíveis imobiliários – CRI, letras de crédito imobiliário – LCI, letras hipotecárias – LH, fundos de investimento imobiliário – FII, ações, dentre outras), tem-se, como regra geral, no mercado de renda fixa, tributação decrescente que varia entre 22,5% e 15% e, no mercado de renda variável, tributação no patamar de 15% (no caso de *day-trade*¹⁹², 20%). Em planos de

¹⁹² Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

caráter previdenciário e assemelhados, voltados à mobilização de recursos nos mercados primordialmente com vistas à aposentadoria futura, pode-se efetuar opção, quando da adesão ao plano, pela tabela progressiva de tributação (alíquota máxima de 27,5%) ou por incidência tributária decrescente que varia entre 35% e 10%. Este é, grosso modo, o panorama com que pessoas físicas residentes se deparam no tocante à tributação da renda nos mercados, o que será estudado mais detalhadamente no tópico subsequente.

Há, ainda, a sistemática tributária mais benéfica a que os não-residentes fazem jus, haja vista que a renda decorrente do trabalho exercido por não-residentes é tributada no País pelo Imposto de Renda à alíquota de 25%, ao passo que existem infindáveis incentivos fiscais relativos aos investimentos de não-residentes nos mercados financeiro e de capitais, que implicam alíquotas de 10% ou 15% ou mesmo isenção, como se verá em tópico específico deste capítulo.

Constata-se, assim, hialino tratamento tributário mais benéfico a modalidades de renda do capital em detrimento da renda do trabalho, especialmente na hipótese de se estar lidando com elevados montantes de moeda.¹⁹³ Esse tratamento desigual passa a ser analisado à luz da Teoria da Tributação.

São-nos apresentados por Judith Freedman três modelos teóricos principais que servem como parâmetro para a aproximação a ser escolhida pelas soberanias nacionais com vistas a tratar os ganhos de capital para fins de imposição tributária. Apesar de os países se basearem num desses modelos infra-expostos, acabam por torná-lo híbrido ao conferir-lhe características que são ínsitas a outro modelo.¹⁹⁴

O primeiro modelo seria fortemente influenciado pela teoria da fonte, no qual se tributam apenas os proventos decorrentes de atividades empresariais, inclusive ganhos de capital, deixando-se alheia à incidência tributária a grande maioria dos outros tipos de ganhos de capital (Áustria, Alemanha, Itália). O segundo modelo trataria renda e ganhos de capital de forma diversa, ambos estando, no entanto, sujeitos a tributação, apesar de os impostos aplicáveis em cada caso poderem ter denominação distinta (Reino Unido). O terceiro modelo consideraria os ganhos de capital como parte da base tributária global dos

¹⁹³ Este alerta é importante porque rendimentos não muito elevados decorrentes do exercício de atividades laborais estão alcançados pela isenção de Imposto de Renda ou por alíquotas que muitas vezes são inferiores às alíquotas aplicáveis a determinadas modalidades de renda oriunda do capital financeiro.

¹⁹⁴ FREEDMAN, Judith, *op. cit.* (nota 165), p. 196.

contribuintes, muito embora possam existir regimes diferenciados conferidos a certos ganhos de capital (Estados Unidos, França, Espanha, Portugal).¹⁹⁵

A despeito de no sistema tributário brasileiro haver traços marcantes do terceiro modelo preconizado por Freedman, haja vista que, mesmo existindo regimes tributários diferenciados, os ganhos de capital são considerados parte integrante da renda do indivíduo, pode-se dizer que aqui não se verifica esse modelo de maneira pura, mas híbrida, pois na prática não existe um sistema tributário global, mas cedular, que claramente diferencia determinadas modalidades de ganhos provenientes do capital. É esta realidade de tratamento díspar e mais benéfica a ganhos provenientes do capital, notadamente do capital financeiro, que merece ser analisada.

Fundando sua análise num sistema tributário progressivo, Kevin Holmes assevera que a tributação da renda de forma global permite sejam atendidas de melhor maneira as equidades vertical e horizontal, em vista de que a tributação global conferiria a possibilidade de propiciar incidência maior sobre os mais abonados, em função da progressividade de alíquotas, bem como de não diferenciar a renda em função da fonte que a produziu. Isto não seria possível num sistema de tributação cedular, ainda mais considerando que nesse tipo de sistema os ganhos de capital recebem tratamento tributário mais favorecido.¹⁹⁶ Este também é o entendimento de Adam Smith, para quem o tributo que recai exclusivamente sobre um tipo de riqueza, seja decorrente do capital ou do trabalho, bem como o que recai desigualmente sobre uma dada modalidade específica de riqueza, é necessariamente não-equitativo.¹⁹⁷

Concordamos com os pensadores que entendem que a ausência de globalidade na tributação da renda não atende de modo satisfatório o preceito da equidade. Ainda que não acatem os argumentos fisiológicos expostos por Henry Tilbery alhures, o qual chegou a afirmar que os rendimentos do trabalho mereceriam tratamento tributário privilegiado em razão dos limites biológicos e da vulnerabilidade humana de trabalhar,¹⁹⁸ não discordamos que, em prol da solidificação das equidades horizontal e vertical, toda e qualquer renda proveniente do capital deva ser tributada em patamares no mínimo equivalentes à

¹⁹⁵ *Op. Cit.* (nota 165), pp. 195-197.

¹⁹⁶ *Op. Cit.* (nota 78), p. 28.

¹⁹⁷ *Op. Cit.* (nota 133), p. 305.

¹⁹⁸ In *O Novo Imposto de Renda do Brasil: Comentário à Lei nº 7.713/88 Ajustado aos Novos Métodos de Atualização Monetária*. São Paulo: IOB, 1989, pp. 22-23.

imposição fiscal conferida à renda do trabalho. Não obstante, fugindo de argumentos cediços e solidificados, a questão a ser aqui debatida é outra, qual seja, até que ponto não existiriam outros objetivos da Teoria da Tributação que não a equidade a serem considerados na formulação de políticas fiscais voltadas aos mercados.

Ordenamento jurídico-tributário que trata diferentemente a renda do capital e a renda do trabalho, além de não-equânime, não se mostra neutro. Perde-se em eficiência no seu viés de neutralidade quando são conferidas isenções e reduções tributárias para a renda do capital. Nesta situação, a sociedade sente-se mais atraída a se dedicar a investimentos de capital do que a exercer atividades laborais, cujos rendimentos serão mais pesadamente tributados (exceção feita, no caso brasileiro, aos investimentos em previdência complementar, na hipótese de ser efetuada a opção pela tabela progressiva de tributação). Muito embora em princípio isto não seja aconselhável sob um espectro de Teoria da Tributação, existe outro objetivo voltado à eficiência que deve prevalecer quando nos deparamos com a incidência tributária nos mercados financeiro e de capitais: a eficiência no seu viés de desenvolvimento.

A Lei nº 11.033/04 embasa grande parte do tratamento tributário atualmente previsto para a renda financeira auferida nos mercados. Essa Lei é resultante da conversão da Medida Provisória nº 206/04, cuja Exposição de Motivos nº 111/04 dispunha que o objetivo primordial da novel disciplina tributária era de “*criar condições que melhore [sic] a estrutura do mercado financeiro e promova [sic] um incentivo à poupança de longo prazo, mediante concessão de estímulos tributários*”. A meta de criar e consolidar incentivos fiscais na tributação da renda nos mercados voltava-se ao auxílio ao “*crescimento sustentado da economia, com maior geração de emprego e renda, além de propiciar, para o Tesouro Nacional, o alongamento do prazo médio e a redução dos custos da Dívida Pública*”.

Em sentido semelhante, a Medida Provisória nº 209/04, convertida na Lei nº 11.053/04, introduziu novo tratamento tributário aos investimentos em planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados, trazendo em sua Exposição de Motivos nº 116/04 o discurso de que se estava buscando, por meio de estímulos fiscais, “*incentivar a poupança de longo prazo*”, fazendo com que “*o cidadão abra mão de um consumo imediato ou de investimentos de curto prazo em troca de uma poupança que exija períodos mais longos de maturação*”.

As Exposições de Motivos n^{os} 111/04 e 116/04 apresentam algumas razões que justificam tratamento tributário mais benéfico aos ganhos e rendimentos financeiros, em detrimento de uma disciplina fiscal equânime *vis-à-vis* a renda do trabalho. A circulação de poupança que tal regramento tributário visa tem como objetivo o desenvolvimento nacional, com crescimento econômico sustentável que promova a geração de renda e emprego e a diminuição dos custos correntes da dívida pública, bem como o fomento à formação de poupança de longo prazo visando à aposentadoria. É a eficiência no seu viés de desenvolvimento atuando de modo a sobrepor-se aos objetivos de equidade e de neutralidade, almejando a obtenção de avanço sócio-econômico.

IV.2.2. Tratamento Diferenciado entre Aplicações Financeiras

Pode-se dizer que ao longo da história brasileira do Imposto de Renda a incidência tributária sobre as aplicações financeiras resumiu-se a um verdadeiro pêndulo, ora caminhando em direção ao tratamento equânime entre a renda fixa e a renda variável, ora se direcionando rumo ao tratamento privilegiado à renda variável em detrimento da renda fixa.

Em dado momento histórico, a legislação brasileira interrompeu, ao menos temporariamente, a tradição então existente de conferir tratamento mais benéfico a ganhos e rendimentos de renda variável em comparação a ganhos e rendimentos de renda fixa. Isto ocorreu em 1995, com a edição da Lei n^o 8.981, quando as alíquotas existentes para aplicações de renda fixa e de renda variável foram reduzidas de 30% e 25%, respectivamente, para 10%. A referida Lei, publicada em janeiro, estabelecia que já a partir do primeiro dia do ano de 1995 entrava em vigor essa alíquota mais diminuta e equânime para as diferentes modalidades de aplicações financeiras.

Novo descasamento entre a tributação de aplicações de renda fixa e a tributação de aplicações de renda variável ocorreu com a Lei n^o 9.532/97, que estabeleceu que a alíquota de Imposto de Renda para produtos de renda fixa seria de 20% a partir de 1^o de janeiro de 1998. Destarte, majorou-se a tributação das aplicações de renda fixa de modo que estas passaram a ser tributadas à alíquota de 20%, ao passo que as aplicações de renda variável

permaneceram sendo tributadas à alíquota de 10%. Esta foi a situação que se instaurou no final dos anos 90.

No início dos anos 2000, verificou-se novo movimento pendular no sentido de igualar as alíquotas de Imposto de Renda para aplicações de renda fixa e de renda variável. Como parte de um processo de transição progressiva, as alterações promovidas pela Lei nº 9.959/00 fixaram inicialmente que, no ano-calendário de 2000, a alíquota aplicável para ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, assemelhadas e no mercado de balcão seria de 15%. A partir de 2001, o percentual estabelecido para produtos de renda variável foi fixado de forma semelhante ao estabelecido para aplicações de renda fixa (20%), exceto nas operações conduzidas nos mercados à vista de ações negociadas em bolsas e realizadas por meio de fundos de investimento em ações (FIA), cuja equiparação apenas ocorreu a partir de 2002.

Com a edição da Lei nº 11.033/04, modificou-se significativamente o tratamento tributário conferido a aplicações de renda fixa e de renda variável. Enquanto os produtos financeiros de renda fixa passaram a ter tributação decrescente de 22,5% a 15% em função do prazo da aplicação¹⁹⁹ – e, no caso de fundos de investimento, também em função do prazo médio da carteira –, os produtos de renda variável passaram a sofrer tributação de 15%, exceto nas operações de *day-trade*²⁰⁰ realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, tributadas pelo Imposto de Renda à alíquota de 20%. Este é o panorama tributário que atualmente se observa, como regra geral, para a renda oriunda de capital investido em produtos financeiros.

Ademais disso, devem ser considerados nessa primeira abordagem dois fatores adicionais. O primeiro deles é que existem alguns regimes tributários diferenciados voltados aos investimentos nos mercados financeiro e de capitais, como isenções ou alíquota zero a ganhos e rendimentos oriundos de investimentos em poupança, CRI, LCI, LH, FII, debêntures e outros títulos de renda fixa²⁰¹ e ações, que acabam por prestigiar

¹⁹⁹ As alíquotas aplicáveis para renda fixa são: (i) 22,5%, em aplicações com prazo de até 180 dias; (ii) 20%, em aplicações com prazo de 181 dias até 360 dias; (iii) 17,5%, em aplicações com prazo de 361 dias até 720 dias; e (iv) 15%, em aplicações com prazo acima de 720 dias.

²⁰⁰ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

²⁰¹ A Lei nº 12.431/11 traz alguns benefícios pontuais, como alíquota zero aos rendimentos auferidos por pessoas físicas residentes em debêntures emitidas por sociedade de propósito específico constituída para implementar projetos de investimento na área de infra-estrutura ou de produção econômica intensiva em

determinadas modalidades de aplicações financeiras. Outro fator que não pode ser relegado é que aos não-residentes é oferecido regime especial de tributação que tende a tratar mais beneficemente os investimentos no mercado de renda variável em detrimento dos investimentos no mercado de renda fixa, o que será exposto com maiores detalhes em tópico posterior.

Teçamos, ainda, breves considerações sobre a tributação dos investimentos em previdência complementar privada. Os planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados também podem ser considerados modalidades de investimento financeiro, estando estruturados especialmente para a finalidade de garantir complementação da renda na fase de aposentadoria.²⁰² Com os recursos dos participantes, são efetuados investimentos nos mercados de renda fixa e de renda variável. Em linhas gerais, a tributação dos investimentos em previdência complementar dá-se somente quando do resgate efetuado pelo participante ou do pagamento de benefícios, podendo a incidência de Imposto de Renda ocorrer apenas sobre os rendimentos auferidos (*e.g.*, VGBL) ou também sobre o principal aportado (*e.g.*, PGBL e FAPI, para os quais existe sistemática de diferimento do Imposto de Renda incidente sobre as contribuições efetuadas).

Segundo a sistemática introduzida pela Lei nº 11.053/04, quando da adesão a um plano de caráter previdenciário ou assemelhado o beneficiário pode optar por ser tributado conforme tabela progressiva ou de acordo com alíquotas decrescentes. Anteriormente ao referido diploma legal, a tributação ocorria exclusivamente conforme a tabela progressiva. Optando-se pela tabela progressiva, o montante tributável recebido pelo beneficiário deverá ser submetido à incidência do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual da pessoa física (alíquota máxima de 27,5%), conjuntamente com outros rendimentos, sujeitando-se, em momento anterior, à incidência na fonte de 15% como antecipação do

pesquisa, desenvolvimento e inovação e alíquota zero aos rendimentos auferidos por não-residentes em títulos ou valores mobiliários remunerados por taxa de juros pré-fixada, vinculada a índice de preço ou à taxa referencial (TR), vedada a pactuação total ou parcial de taxa de juros pós-fixada, que cumulativamente apresentem: (i) prazo médio ponderado superior a 4 anos; (ii) vedação à recompra do papel pelo emissor nos 2 primeiros anos após a sua emissão e à liquidação antecipada por meio de resgate ou pré-pagamento; (iii) inexistência de compromisso de revenda assumido pelo comprador; (iv) prazo de pagamento periódico de rendimentos, se existentes, com intervalos de, no mínimo, 180 dias; (v) comprovação de que o ativo tenha sido negociado em mercados regulamentados de valores mobiliários; e (vi) procedimento simplificado que demonstre o objetivo de alocar os recursos captados em projetos de investimento, inclusive os voltados à pesquisa, desenvolvimento e inovação.

²⁰² Para estudo minucioso e criterioso a respeito dos investimentos em previdência complementar, cf. GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar: Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e Outros*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

imposto devido. De maneira diversa, por ocasião da adesão a um plano de caráter previdenciário é facultada ao beneficiário a escolha pela tributação em consonância com alíquotas decrescentes, que variam de 35% a 10% em função do prazo da acumulação,²⁰³ exigidas exclusivamente na fonte.

Inicialmente deixando-se de lado os investimentos em previdência complementar, percebe-se que no transcorrer dos anos o legislador nacional previu tratamentos tributários diversos para diferentes modalidades de aplicações financeiras, ora fomentando a eficiência no seu viés de neutralidade ao tratar de forma similar os investimentos em renda fixa e em renda variável, ora tendendo a prestigiar em maior grau a eficiência no seu viés de desenvolvimento, almejando alavancar a circulação de poupança diretamente entre poupadores e tomadores, no âmbito do mercado de capitais, no qual predominam ganhos e rendimentos aleatórios (*i.e.*, renda variável).

A Teoria da Tributação faz-nos refletir sobre se o dito desenvolvimento nacional não poderia ser atingido mantendo-se neutralidade entre as diversas modalidades de aplicações financeiras, o que seria desejável ainda mais considerando que à medida que se equiparam os tratamentos tributários conferidos à renda fixa e à renda variável, de certo modo aproxima-se do objetivo de equidade (horizontal), tomando por iguais os que efetuam aportes de recursos em qualquer modalidade de aplicações financeiras. No entanto, aprofundando estudo sobre a realidade dos mercados, parece-nos que a resposta é negativa, tanto em termos de análises inter-sistêmicas (renda fixa x renda variável) como em relação a análises intra-sistêmicas (renda fixa x renda fixa / renda variável x renda variável).

Com efeito, caso o instrumento tributário não seja utilizado de forma a prestigiar a renda variável em detrimento da renda fixa (análise inter-sistêmica), não se conseguirá maciça atração de recursos ao mercado de capitais, porquanto ainda que os retornos financeiros brutos esperados sejam mais elevados do que os de renda fixa, o risco passa a ser fator mais predominante na análise do investidor, notadamente se pessoa física. Nas análises intra-sistêmicas, em especial quando se focaliza o mercado de renda fixa, a

²⁰³ As alíquotas decrescentes aplicáveis para investimentos em previdência complementar são: (i) 35%, para recursos com prazo de acumulação inferior ou igual a 2 anos; (ii) 30%, para recursos com prazo de acumulação superior a 2 anos e inferior ou igual a 4 anos; (iii) 25%, para recursos com prazo de acumulação superior a 4 anos e inferior ou igual a 6 anos; (iv) 20%, para recursos com prazo de acumulação superior a 6 anos e inferior ou igual a 8 anos; (v) 15%, para recursos com prazo de acumulação superior a 8 anos e inferior ou igual a 10 anos; e (vi) 10%, para recursos com prazo de acumulação superior a 10 anos.

importância do instrumento tributário para direcionar o fluxo de investimentos mostra-se ainda mais evidente: com tributação neutra, não aparecem evidentes motivos financeiros racionais para que poupadores direcionem seus recursos para depósitos em poupança em vez de aportá-los em títulos públicos ou em conservadores fundos de investimento em renda fixa, os quais, em regra, conferem aos investidores remuneração bruta mais atrativa do que depósitos em poupança. Pode-se citar também, agora no mercado de renda variável, a tributação mais gravosa incidente sobre operações de *day-trade*²⁰⁴, motivada no desestímulo a investimentos meramente especulativos, os quais não têm o condão de fomentar o desenvolvimento.

Portanto, na contramão de objetivos fundados em neutralidade e equidade, a Teoria da Tributação fornece-nos subsídios para que se possa, numa formulação adequada de políticas fiscais, dar maior vazão a objetivos fundados em eficiência no seu viés de desenvolvimento, estimulando circulação de poupança eficiente *vis-à-vis* as necessidades verificadas num dado momento pelo Poder Público.

Considerações específicas merecem os investimentos em planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados. Justifica-se essa análise particular não porque se olvide que o sistema de previdência complementar também é instrumento que por excelência estimula a captação e a mobilização da poupança nacional,²⁰⁵ mas porque até pouco tempo a tributação dos investimentos em previdência complementar atingia em grande escala os objetivos de equidade e de eficiência no seu viés de neutralidade: a tributação desta modalidade de renda do capital necessariamente ocorria em patamar equivalente ao da renda do trabalho (*i.e.*, alíquotas progressivas). E o interessante aqui é notar que a Exposição de Motivos nº 116/04, a qual embasou a medida provisória que primeiramente introduziu a faculdade de adoção de tributação decrescente cujo piso é de 10%, dispôs que “*além do estímulo fiscal, fatores como [...] a neutralidade fiscal também foram considerados no projeto*”. Existiria contradição entre o objetivo buscado pelo legislador e o texto positivado, pois que a *mens legislatoris* faz menção ao preceito da neutralidade?

²⁰⁴ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

²⁰⁵ Neste sentido, cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. “Prefácio”, in Patrícia Bressan Linhares Gaudenzi, *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar: Fundos de Pensão, PGDL, VGBL, FAPI e Outros*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15.

Sem sombra de dúvida, o sistema tributário como um todo se apresenta mais neutro (e eqüitativo) numa situação em que os rendimentos oriundos da previdência complementar são tributados da mesma forma com que os rendimentos decorrentes de atividades laborais o são. Esta era a realidade com que então se deparava nos mercados, em que ao legislador parecia fazer sentido tratar rendimentos que primordialmente visam a uma aposentadoria futura (previdência complementar) como se do trabalho fossem. Contudo, uma grave contradição é inerente a esse raciocínio: os planos de caráter previdenciário e assemelhados, no fim das contas, nada mais são que investimentos financeiros, efetivados por meio de aportes de recursos nos mercados financeiro e de capitais com os riscos a eles inerentes, mostrando-se incongruente conferir-lhes tratamento tributário tão menos benéfico se comparados às demais aplicações financeiras existentes.

Sendo assim, a neutralidade fiscal a que se refere a Exposição de Motivos em comento deve ser encarada como uma busca por evitar que os investimentos em previdência complementar se tornem tributariamente não atrativos em face de outras modalidades de investimento.

É de se notar, porém, que pelo fato de terem sido instituídas alíquotas decrescentes em função do prazo de acumulação – até mesmo para respeitar a natureza previdenciária de tais aplicações –, o legislador acabou por se distanciar um pouco da eficiência no seu viés de neutralidade, uma vez que os participantes sentem-se estimulados a aportar recursos no plano e nele permanecerem por determinado período (mínimo) de tempo em função única e exclusivamente do fator tributário. Nada obstante o exposto, destaque deve ser dado ao fato de esse tratamento tributário auxiliar a solidificação da eficiência no seu viés de desenvolvimento, haja vista que estimula a circulação presente de poupança na economia com vistas a uma garantia social futura.

IV.2.3. Tributações na Fonte (Exclusivas e Antecipações)

A incidência de Imposto de Renda sobre ganhos e rendimentos oriundos de aplicações financeiras detidas por pessoas físicas residentes e por não-residentes dá-se, em grande parte das situações, por meio de tributações exclusivas e definitivas na fonte. Em regra, aplicações financeiras efetuadas por pessoas físicas residentes e por não-residentes,

inclusive em quotas de fundos de investimento, possuem seus ganhos e rendimentos sendo tributados apenas mediante incidências na fonte.

Isto implica dizer que nessas situações cabe à fonte pagadora apurar o *quantum* devido a título de Imposto de Renda sobre os ganhos e rendimentos dos investidores, efetuar a retenção cabível e recolher o montante respectivo ao Erário. Ao contribuinte pessoa física residente caberia apenas o dever instrumental de informar à Receita Federal, em declaração anual, os ganhos e rendimentos auferidos e a respectiva incidência de Imposto de Renda, não possuindo o contribuinte não-residente obrigação nesse sentido.

É assim que funciona no mercado de renda fixa, em que a tributação em regra ocorre exclusivamente na fonte a alíquotas que variam entre 22,5% e 15%. Também sobre aplicações em fundos de investimento, independentemente da modalidade e composição da carteira, como regra geral a incidência do Imposto de Renda ocorre única e exclusivamente na fonte. Igualmente, tendo sido efetuada a opção pela tributação conforme alíquotas decrescentes em planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados, o Imposto de Renda incidirá de forma exclusiva e definitiva na fonte a alíquotas que variam entre 35% e 10%.

A principal exceção à referida tributação exclusiva e definitiva na fonte corresponde à renda decorrente das operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas²⁰⁶. Em tais recintos a tributação pelo Imposto de Renda leva em consideração os ganhos líquidos auferidos pelo beneficiário, isto é, o resultado positivo obtido nas operações realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à efetivação das operações. Nesta situação, o imposto é apurado em períodos mensais e pago pelo próprio contribuinte, ou por procurador legalmente constituído, até o último dia útil do mês subsequente ao da verificação de renda.

Na hipótese relatada supra, embora não haja tributação na fonte de forma exclusiva e definitiva, a legislação tributária exige a incidência de Imposto de Renda na fonte a título de antecipação, à alíquota de 0,005%, sobre: (i) a soma algébrica, se positiva, dos ajustes diários nos mercados futuros; (ii) o resultado, se positivo, da soma algébrica dos prêmios pagos e recebidos no mesmo dia nos mercados de opções; (iii) nos mercados a termo, a

²⁰⁶ São consideradas assemelhadas às bolsas as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da CVM.

diferença, se positiva, entre o preço a termo e o preço a vista na data da liquidação (quando houver a previsão de entrega do ativo na data do seu vencimento) ou o valor da liquidação financeira previsto no contrato (quando houver liquidação exclusivamente financeira); ou (iv) o valor da alienação, nas operações com ações, ouro ativo financeiro e outros valores mobiliários negociados nos mercados à vista, inclusive no mercado de balcão com intermediação.²⁰⁷ Com relação aos rendimentos auferidos em operações de *day-trade*²⁰⁸ realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, a incidência de Imposto de Renda na fonte dá-se à alíquota de 1%, também como antecipação do devido pela pessoa física residente.

Além dessas exceções, mister se faz mencionar que também pode haver incidência na fonte de Imposto de Renda como antecipação do devido sobre os benefícios obtidos com investimentos em previdência complementar. Tal modalidade de imposição fiscal pode ocorrer caso se opte pela sistemática progressiva de tributação, em que há a exigência na fonte de 15% de Imposto de Renda a título de antecipação da tributação final devida por ocasião da entrega da declaração de rendimentos da pessoa física.

Trazendo alguns elementos fornecidos pela Teoria da Tributação ao tema da incidência na fonte de Imposto de Renda, seja a título exclusivo e definitivo ou de antecipação, verifica-se que discussões acerca de equidade e de eficiência nos seus vieses de neutralidade e de desenvolvimento não são aplicáveis. Agora não se debate a intensidade da tributação sobre a renda e, conseqüentemente, se a carga exigida produz iniquidades, influencia as escolhas individuais ou atravanca investimentos. Neste momento, analisando apenas a forma como se dá a incidência tributária na fonte, importa

²⁰⁷ A retenção de 0,005% também é exigida de não-residentes que estejam domiciliados em paraíso fiscal, assim entendida, para fins da legislação aplicável aos mercados, a jurisdição que não tribute a renda ou que a tribute a uma alíquota inferior a 20%. De acordo com a regulamentação fiscal aplicável (Instrução Normativa RFB nº 1.037/10), são considerados paraísos fiscais, para quaisquer fins tributários, as seguintes jurisdições: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Kiribati; Lebuão; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Qeshm; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; Ilhas de Santa Helena; Santa Lúcia; Federação de São Cristóvão e Nevis; Ilha de São Pedro e Miguelão; São Vicente e Granadinas; Seychelles; Ilhas Solomon; St. Kitts e Nevis; Suazilândia; Suíça (os efeitos de sua consideração como paraíso fiscal estão suspensos por força do Ato Declaratório Executivo RFB nº 11/10); Sultanato de Omã; Tonga; Tristão da Cunha; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

²⁰⁸ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

saber se os preceitos norteadores da simplicidade e da conveniência são atingidos de maneira satisfatória com essa modalidade de tributação.

Inicialmente, cumpre retomar os conceitos de simplicidade e de conveniência tal como adotados neste estudo. Pode-se dizer que um sistema tributário apenas será simples na medida em que consiga fornecer um cenário de facilidade de administração por parte das autoridades fiscais e de cumprimento (*compliance*) por parte dos administrados. Por outro giro, a conveniência na tributação é verificada quando recursos são retirados dos indivíduos no tempo e da maneira que lhes são mais propícios, o que implica dizer que o tributo deve ser exigido apenas quando o contribuinte tenha condições financeiras de arcar com o dispêndio e deve ser cobrado de forma que o contribuinte não sinta por demais o peso da carga fiscal que sobre ele recai.

Pois bem. Inegavelmente, a incidência de Imposto de Renda exclusivamente na fonte atende ao corolário da simplicidade na tributação nos mercados, facilitando o cumprimento das obrigações tributárias por parte do contribuinte e auxiliando as autoridades fiscais no procedimento fiscalizatório do Imposto de Renda devido sobre aplicações financeiras. No que tange à imposição tributária na fonte como mera antecipação do devido, ainda que ao contribuinte tal sistemática não se mostre mais atraente em razão de ter que tomar procedimentos relativos ao recolhimento da parcela remanescente de imposto devido (via “carnê-leão”, no caso de renda variável, ou por ocasião da entrega da declaração de ajuste, no caso de tributação progressiva em previdência complementar), ao Erário ela é muito importante para fins de fiscalização, uma vez que caberá à fonte pagadora informar às autoridades fiscais o montante atribuído a cada um dos beneficiários de ganhos e rendimentos financeiros, bem como o Imposto de Renda retido e recolhido a título de antecipação. Este é o caso das antecipações tributárias existentes no mercado de renda variável (de 0,005% e de 1%), irrisórias em termos de adiantamento de receitas fiscais ao Erário, mas muito importantes para que sejam rastreados os ganhos e rendimentos obtidos por investidores (esta é a razão por que essa antecipação ficou vulgarmente conhecida como Imposto de Renda “dedo-duro”).

Nada obstante o exposto, torna-se importante enfatizar que a simplicidade nem sempre aproveita a todas as partes envolvidas, porquanto para os arrolados pela legislação tributária como responsáveis a situação se torna agravada sob o ponto de vista de ônus com o cumprimento de obrigações acessórias. Ou seja, a simplicidade deve ser observada por

diferentes perspectivas, constatando-se que o agravamento da situação de uma dada pessoa (o responsável tributário) tornará o sistema tributário mais simples se existir vantagem coletiva disto decorrente.²⁰⁹

Partindo para o preceito norteador da conveniência, tanto a tributação na fonte de forma exclusiva e definitiva como a incidência na fonte a título de antecipação mostram-se convenientes no sentido de tolher recursos dos contribuintes quando estes possuem condições financeiras para arcar com o dispêndio.²¹⁰

Mas a conveniência também possui outro espectro: quanto menor for a percepção por parte do administrado a respeito do montante que lhe está sendo tolhido pelo Erário, mais conveniente se mostrará a incidência tributária. Neste sentido, na hipótese em que o Imposto de Renda é exigido na fonte, deduzido dos ganhos e rendimentos percebidos pelo contribuinte, o economista galês Hugh Dalton chega a afirmar que será ele talvez menos sentido pelo indivíduo do que numa situação em que essa pessoa recebe uma remuneração bruta e, depois de algum tempo, se vê obrigada a recolher o imposto, quiçá até já tendo gastado todo ou quase todo dinheiro auferido.²¹¹

Destarte, incidências tributárias na fonte sobre ganhos e rendimentos auferidos nos mercados financeiro e de capitais também se mostram convenientes sob esse espectro, notadamente no caso de tributações na fonte de maneira exclusiva, porquanto o contribuinte apenas terá posse de numerário que se aproxima, ou mesmo que se equivale, a sua renda já líquida do Imposto de Renda. Esta assertiva não é plenamente válida para a antecipação tributária relativa ao imposto “dedo-duro”, porquanto o montante antecipado é muito baixo, quase que imperceptível para o contribuinte.

Ainda sob o enfoque da Teoria da Tributação, a questão que finalmente se coloca é por que no mercado de renda variável não há tributações exclusivas e definitivas na fonte, em vez de tão somente se exigir a irrisória antecipação tributária que ficou conhecida como imposto “dedo-duro”. Afinal, caso a incidência de Imposto de Renda ocorresse exclusivamente na fonte, indiscutivelmente seria mais conveniente (o contribuinte

²⁰⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 101), pp.570-571.

²¹⁰ Para alcançar tal conclusão, tomamos como premissa, neste momento, que a exigência do Imposto de Renda se dê sobre ganhos realizados (percebidos, e não meramente acumulados).

²¹¹ *Op. Cit.* (nota 114), p. 64.

perceberia menos o impacto tributário) e simples (reduziria custos de cumprimento do contribuinte e de fiscalização por parte das autoridades fiscais).

A resposta a essa indagação pode ser encontrada justamente na Teoria da Tributação, mais especificamente no mesmo preceito norteador da simplicidade supramencionado: apenas é possível a tributação na fonte de forma exclusiva e definitiva quando a fonte pagadora tem pleno conhecimento tanto do custo original de aquisição da aplicação financeira como do valor segundo o qual ela está sendo alienada ou liquidada.

No mercado de renda variável, em que há a negociação de ativos entre partes representadas por instituições financeiras diversas, é comum que o agente que está atuando em nome do adquirente de um título não tenha pleno acesso a informações relativas ao custo original de aquisição da outra parte, impossibilitando o seu prévio conhecimento, para fins de precisa retenção de Imposto de Renda, acerca do efetivo ganho tributável da operação. Ainda, haja vista a sistemática de compensação de perdas pretéritas que será exposta no tópico subsequente, para efeito de retenção haveria também a necessidade de se conhecerem todas as perdas já registradas pela outra parte da transação, beneficiária de ganhos e rendimentos, o que não se mostra possível hodiernamente. Talvez o futuro nos direcione a um sistema de simetria plena de informações, com automática troca de dados entre os agentes operantes nos mercados, o que possibilitaria a existência de tributações exclusivas e definitivas na fonte também no mercado de renda variável; por ora, isto não se mostra factível (ou praticável).

IV.2.4. Tributações Analíticas e Sintéticas

A incidência do Imposto de Renda sobre aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável dá-se por ocasião da liquidação, resgate, cessão ou repactuação do investimento. Nas aplicações de renda fixa, a tributação em princípio sempre ocorre da mesma maneira, seja sobre o ganho decorrente do desfazimento do investimento ou sobre os rendimentos periódicos ou remunerações adicionais produzidos. No tocante a aplicações de renda variável, impõe-se análise caso a caso com o fito de verificar se para os rendimentos auferidos não há disciplina tributária específica, como ocorre com dividendos e juros sobre o capital próprio recebidos em função de ações detidas, com os primeiros

sendo isentos e os segundos tributáveis, como regra geral, à alíquota de 15%. Neste diapasão, cumpre notar que embora os quotistas de fundos de investimento tenham seus ganhos e rendimentos em princípio sendo tributados de maneira indistinta, a legislação previu que os dividendos e juros sobre o capital próprio recebidos das companhias emissoras de ações integrantes da carteira dos fundos, repassados diretamente aos quotistas, possuiriam tratamento tributário específico no que tange ao Imposto de Renda: isenção para dividendos e alíquota de 15% para juros sobre o capital próprio.

Isto posto, destaque deve ser dado neste momento às diferenças existentes, quanto à determinação da base de cálculo do Imposto de Renda, entre aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável. Enquanto no primeiro caso a tributação é efetivada de maneira analítica, investimento por investimento, na segunda hipótese a tributação ocorre de forma sintética, consolidando-se os resultados das diversas aplicações presentes e pretéritas.

Analisemos inicialmente as aplicações de renda fixa. Nestas, a base de cálculo do Imposto de Renda será constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do IOF (Títulos e Valores Mobiliários), quando couber, e o custo de aquisição da aplicação financeira. O resultado de cada ativo negociado formará, única e exclusivamente, uma base de cálculo para a incidência do Imposto de Renda, independentemente de poder ter havido, no mesmo mês, outros ativos de renda fixa sendo negociados. Diz-se, pois, tratar-se de tributação analítica, em que analiticamente se registram, item por item, os resultados positivos ou negativos de cada uma das aplicações de renda fixa negociadas em dado mês.

Isto implica dizer que se no mesmo mês forem efetuadas duas negociações diversas com aplicações de renda fixa, cada uma deve ser analisada individualmente para fins de incidência de Imposto de Renda. Se uma delas gerou resultado positivo de \$ 100 e a outra resultou em perda de \$ 150, haverá a necessidade de pagamento de Imposto de Renda sobre a base positiva de \$ 100, não obstante em termos globais o contribuinte tenha computado prejuízos no montante de \$ 50 ($\$ 100 + (\$ 150)$).²¹² Não há a possibilidade de

²¹² É importante esclarecer que no mercado de renda fixa também existe a possibilidade de haver resultados negativos, o que poderia ocorrer, por exemplo, em alienações de títulos com deságio ou no resgate de fundos de renda fixa que possuam em sua carteira valores mobiliários de renda variável que não tenham tido bom desempenho. As operações de swap constituem exemplo peculiar, pois mesmo podendo possuir potencial de

somente considerar o total líquido das transações efetuadas no mês, tampouco de utilização do saldo das perdas computadas em determinado período para compensação em exercício posterior.

Outro é o panorama que se apresenta no mercado de renda variável. A base de cálculo nesta seara constitui-se pelos ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros.²¹³ Para fins de apuração do Imposto de Renda incidente mensalmente sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações nos mercados à vista, de opções, futuros e a termo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou em meses subsequentes, inclusive em anos-calendários posteriores, em outras operações realizadas em quaisquer desses mercados de renda variável.

Nota-se, pois, que sobre as aplicações de renda variável a tributação ocorre de forma sintética, sintetizando-se todos os ganhos e perdas (inclusive pretéritas) computadas em negociações conduzidas nas diferentes modalidades de recinto, tributando-se efetivamente o ganho líquido auferido. Portanto, fazendo uso do mesmo exemplo numérico, se durante

gerar resultados negativos, o legislador tributário impreterivelmente atribui-lhes a característica de investimento em renda fixa.

Há ainda que se mencionar o alerta tecido por Paulo Bento et al., no sentido de que os índices, taxas ou cotações relativos a aplicações financeiras pós-fixadas (renda fixa) também podem apresentar variação negativa, acarretando perda consistente no recebimento de valor inferior ao originalmente investido. (cf. BENTO, Paulo; MALHEIRO, Rafael; CASTILHO, Ramon; BATISTON, Renato; COELHO, Renato. *Manual de Tributação no Mercado Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60)

²¹³ Nos *mercados à vista*, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

Nos *mercados futuros*, o ganho líquido será o resultado positivo da soma algébrica dos ajustes diários por ocasião da liquidação dos contratos ou da cessão ou encerramento da posição, em cada mês.

Nos *mercados a termo*, o ganho líquido será constituído: (i) no caso do comprador, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data da liquidação do contrato a termo e o preço nele estabelecido; (ii) no caso do vendedor descoberto, pela diferença positiva entre o preço estabelecido no contrato a termo e o preço da compra à vista do ativo para a liquidação daquele contrato; e (iii) no caso de vendedor coberto, pela diferença positiva entre o preço estabelecido no contrato a termo e o custo médio de aquisição do ativo.

Nos *mercados de opções*, o ganho líquido será constituído de formas diferentes a depender da operação e da posição considerada. Nas operações tendo por objeto a negociação da opção (prêmio), o ganho líquido será constituído pelo resultado positivo apurado no encerramento de opções da mesma série. Já nas operações de exercício da opção, temos os seguintes cenários quanto à constituição do ganho líquido: (i) no caso do titular (comprador) de opção de compra, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data do exercício da opção e o preço de exercício da opção, acrescido do valor do prêmio; (ii) no caso do lançador (vendedor) de opção de compra, pela diferença positiva entre o preço de exercício da opção, acrescido do valor do prêmio, e o custo de aquisição do ativo objeto do exercício da opção; (iii) no caso do titular (comprador) de opção de venda, pela diferença positiva entre o preço de exercício da opção e o valor da compra à vista do ativo, acrescido do valor do prêmio; e (iv) no caso do lançador de opção de venda (vendedor), pela diferença positiva entre o preço da venda à vista do ativo na data do exercício da opção, acrescido do valor do prêmio, e o preço de exercício da opção.

um dado mês foram negociados dois ativos de renda variável e uma transação gerou resultado positivo de \$ 100 e a outra resultou em perda de \$ 150, não haverá Imposto de Renda devido, haja vista que, globalmente, terá havido uma perda de \$ 50 ($\$ 100 + (\$ 150)$), a qual poderá ser utilizada em meses subsequentes para fins de compensação com outros ganhos auferidos no mercado de renda variável. A grande exceção à possibilidade de se compensarem indiscriminadamente ganhos correntes com perdas pretéritas corresponde às operações de *day-trade*²¹⁴, em que as perdas computadas somente serão compensadas com ganhos auferidos em operações da mesma espécie.

No que toca aos fundos de investimento, a incidência do Imposto de Renda situa-se num interregno híbrido de tributação analítica e sintética. Se por um lado a tributação é analítica por não ser permitida a consideração conjunta de ganhos e perdas apurados em investimentos em modalidades diferentes de fundos (*i.e.*, sujeitos a classificação diversa), é sintética em razão de as perdas apuradas no resgate de quotas poderem ser compensadas com rendimentos auferidos em resgates ou incidências posteriores, no mesmo fundo ou em outro fundo de investimento administrado pela mesma pessoa jurídica, desde que sujeitos à mesma classificação. Para tanto, deve a instituição administradora manter sistema de controle e registro em meio magnético que permita a identificação, em relação a cada quotista, dos valores compensáveis.

Analizando as sistemáticas de tributação analítica e de tributação sintética existentes nos mercados financeiro e de capitais à luz da Teoria da Tributação, logo emerge a indagação a respeito da razão de a tributação sintética apenas abranger os ganhos líquidos auferidos no mercado de renda variável e, com algumas restrições, os ganhos provindos de aplicações em fundos de investimento. Afinal, trazendo à baila os objetivos contidos nos preceitos norteadores da Teoria da Tributação, verifica-se que tributações sintéticas em princípio os atendem de forma mais satisfatória do que tributações analíticas, sendo mais eficiente tanto no seu viés de neutralidade como de desenvolvimento, além de mais conveniente para o contribuinte, que perceberá menos o impacto tributário sobre seus investimentos. Nada obstante, é justamente um dos preceitos norteadores que na conjuntura atual justifica que ainda tenhamos tributações analíticas no âmbito dos mercados: o preceito da simplicidade.

²¹⁴ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

Como se expôs no tópico antecedente ao tratarmos das incidências de Imposto de Renda exclusivamente na fonte, ainda não existe no Brasil um sistema eficiente de intercâmbio de informações entre os agentes atuantes nos mercados. No mercado de renda variável, temos a exigência na fonte apenas do imposto “dedo-duro”, podendo-se dizer que, no fim das contas, a incidência do Imposto de Renda ocorre por meio da sistemática do auto-recolhimento (via “carnê-leão”). Destarte, nesta seara da renda variável, o contribuinte tem plenas condições de efetuar compensações entre ganhos e perdas apuradas em transações diversas, no mesmo ou em diferentes períodos mensais de apuração, porquanto cabe a ele efetuar controle de seus resultados para fins de recolhimento do Imposto de Renda devido. Igualmente, na situação de fundos de investimento administrados pela mesma instituição financeira, é factível que esta efetue, previamente à retenção de Imposto de Renda, a compensação automática entre ganhos e perdas relativos a fundos sujeitos à mesma tributação, cujas quotas sejam detidas por um mesmo contribuinte.

Nas demais hipóteses, a tributação analítica é a que se mostra mais factível (ou praticável) nos tempos atuais, atendendo em maior grau ao preceito da simplicidade, muito embora também aqui julguemos que num futuro não tão longínquo possamos nos deparar com plena circulação de dados entre os agentes econômicos a ponto de que se dê plena vazão, no mercado de renda fixa, à tão mais desejada tributação sintética, inclusive com compensação de perdas pretéritas.

IV.2.5. Tributação de Ganhos Não-Realizados e a Sistemática do “Come-Quotas”

Como regra geral, as pessoas físicas residentes do Brasil apenas são tributadas pelo Imposto de Renda se tiver havido realização do ganho a ser tributado, ou seja, quando rendimentos ou ganhos de capital forem efetivamente recebidos. A interpretação que se vem fazendo acerca do teor do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, o qual estipula que ganhos apurados pela pessoa física apenas serão tributados quando “percebidos”, é de que somente devem ser considerados para efeito de incidência de Imposto de Renda os ingressos e desembolsos efetivados no decorrer do ano-calendário.

Especificamente designado para fundos de investimento de renda fixa, instituiu-se inicialmente em 1997, por intermédio da Lei nº 9.532, mecanismo de tributação dos ganhos produzidos por fundos de investimento independentemente de qualquer resgate efetivo por parte dos quotistas.²¹⁵ Trata-se de sistemática que foi se aperfeiçoando e consolidando no ordenamento jurídico-tributário nacional e ficou conhecida no mercado por “come-quotas”, segundo a qual, em datas predeterminadas, faz-se com que incida o Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados que estejam acumulados nas carteiras de fundos de investimento de renda fixa²¹⁶.

Atualmente também prevista na Lei nº 11.033/04, a sistemática do “come-quotas” estipula que semestralmente, em maio e novembro, os rendimentos produzidos por fundos de renda fixa sejam tributados ainda que não tenha havido resgate por parte dos quotistas. A incidência do Imposto de Renda dá-se de acordo com as seguintes alíquotas: (i) 20%, no caso de fundos de curto prazo; e (ii) 15%, no caso de fundos de longo prazo. Quando do resgate efetivo da aplicação financeira, cabe à fonte pagadora verificar se deve ser efetuada alguma complementação tributária e, se for o caso, reter e recolher o saldo remanescente de Imposto de Renda.²¹⁷

É dizer: mediante a sistemática do “come-quotas”, é como se em momentos predeterminados pela lei tributária estivessem ocorrendo “resgates fictos” da aplicação financeira outrora efetuada, tributando-se os ganhos produzidos até então e tolhendo do investidor ganhos ainda não convertidos em caixa.

Surpreende-nos na referida sistemática a ausência de previsão de restituição, ao quotista, do Imposto de Renda semestralmente recolhido, seja na hipótese de não existirem ganhos quando do resgate efetivo ou na hipótese de, por ocasião do efetivo resgate, os

²¹⁵ Embora possa ser tecnicamente mais acurado falar de “rendimentos” acumulados em fundos de investimento, aqui também se fará uso do genérico termo “ganhos”, haja vista que a doutrina estrangeira se refere a ganhos não-realizados (*accrual gains*) como expressão que abrangeria tanto rendimentos não-distribuídos como ganhos de capital acumulados.

²¹⁶ Pode-se dizer que são considerados pela legislação fiscal como sendo fundos de investimento de renda fixa aqueles que, não possuindo tratamento tributário específico, não são tidos como fundos de renda variável, também conhecidos por fundos de investimento em ações (FIA). Por seu turno, consideram-se FIA os fundos cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por 67% de ações (ou produtos assemelhados) negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada, no País ou no exterior, na forma regulamentada pela CVM.

²¹⁷ Lembrando aqui que a incidência tributária sobre fundos de investimento de renda fixa ocorre de forma decrescente em função de alíquotas que variam entre 22,5% e 15%. No caso de fundos de curto prazo, as alíquotas aplicáveis variam apenas entre 22,5% e 20%, ao passo que para fundos de longo prazo são aplicáveis alíquotas que variam entre 22,5% e 15%.

ganhos apurados serem inferiores aos outrora tributados periodicamente. Mostra-se intrigante essa vedação imposta pelo legislador à restituição, já que, claramente considerando que há apenas um fato gerador do Imposto de Renda (o resgate efetivo da aplicação financeira), mas com antecipações tributárias semestrais, exige complementação de Imposto de Renda – a lei utiliza o termo “alíquota complementar” – na hipótese de a alíquota final aplicável sobre os ganhos obtidos no resgate proporcionar maior importância a ser arrecadada ao Erário.²¹⁸⁻²¹⁹

Alguns argumentos são comumente trazidos à tona para que não incida tributação sobre ganhos ainda não realizados. O primeiro argumento diz respeito à necessidade de avaliação dos ativos cujos ganhos acumulados serão tributados, o que, em certos casos, se mostra não muito eficiente, e noutros, se a avaliação for efetuada de forma periódica, pode conduzir a uma impraticabilidade administrativa. O segundo argumento tangencia questões como justiça e capacidade contributiva, que não estariam sendo observadas caso pessoas paguem imposto sobre ganhos que não foram convertidos em moeda. E o terceiro argumento, como uma extensão do segundo, corresponde ao fato de o sistema deixar de ser neutro ao forçar a liquidação de ativos para que o contribuinte possa financiar a obrigação tributária que lhe é imposta independentemente da realização da renda.²²⁰⁻²²¹

No que tange ao primeiro argumento (das dificuldades inerentes à avaliação dos ativos), menção deve ser feita ao fato de que em que pese a atratividade teórica de tributar ganhos não-realizados, nenhum país chegou a adotar de forma ampla, em suas políticas fiscais, esse tipo de tributação. A título ilustrativo, Kevin Holmes menciona que na Nova Zelândia somente em certas circunstâncias há incidência tributária sobre ganhos não-realizados, e em geral apenas sobre ganhos relativos a instrumentos financeiros.²²²

²¹⁸ Pelo fato de se exigir complementação tributária a uma “alíquota complementar” sobre ganhos já tributados, tecnicamente falando o modelo brasileiro de “come-quotas” acaba por se aproximar mais de uma sistemática de antecipação de Imposto de Renda do que de uma sistemática de tributação sobre ganhos não-realizados. A importância dessa distinção técnica é de certo modo irrelevante neste espectro de análise de política fiscal, razão pela qual não a aprofundaremos neste momento, mas é deveras influente no exame da questão sob o lume do Direito Tributário, conforme apresentado no tópico VII.2.6.

²¹⁹ A conformidade da impossibilidade de restituição *vis-à-vis* o ordenamento jurídico-tributário vigente será analisada em momento subsequente deste estudo.

²²⁰ HOLMES, Kevin, *op.cit.* (nota 78), p. 381.

²²¹ Em estudo dedicado a aspectos tributários dos ganhos de capital, Ary Oswaldo Mattos Filho apresenta considerações sobre alguns desses argumentos, especialmente a dificuldade de avaliação periódica suficiente pela máquina estatal. Sobre o assunto, cf. MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a Tributação de Ganhos de Capital*. Tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1972, pp. 71-90.

²²² *Op.Cit.* (nota 78), p. 380.

Também no Brasil, no que concerne à tributação das pessoas físicas residentes, pode-se dizer que a incidência do Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados acaba se restringindo a determinadas modalidades de aplicações financeiras.

Considerando tão somente essas situações em que se depara com investimentos financeiros, objeto deste estudo, não se sustenta o argumento de que a avaliação possa ser ineficiente ou custosa, porquanto os mecanismos de mercado existentes já fornecem os parâmetros necessários para que as autoridades fiscais exijam, de maneira precisa e sem elevados custos marginais, Imposto de Renda sobre ganhos acumulados.

Partindo para o segundo argumento (da afronta à justiça fiscal), saliente-se de imediato que não há mandamento algum que disponha que apenas tem capacidade econômica para contribuir com as despesas estatais a pessoa cuja renda seja percebida em moeda. Com efeito, dizer que uma pessoa pode contribuir com o Erário caso liquide seu ativo e perceba os ganhos nele acumulados equivale a afirmar que essa pessoa possui capacidade contributiva, não existindo, assim, qualquer violação a um ideal de justiça fiscal a tributação sobre ganhos não-realizados. O indivíduo que possui ganho de \$ 100 acumulado em ativo financeiro que detém mostra-se em situação fiscal similar ao indivíduo que liquidou seu ativo financeiro e percebeu ganho de \$ 100; a diferença existente entre ambas as situações cinge-se tão somente à destinação econômica cada um optou por conferir ao ganho.²²³

Desperta maior atenção para a Teoria da Tributação o terceiro argumento que usualmente se suscita (da necessidade de liquidação do ativo para a quitação de obrigações fiscais). Ante os objetivos inerentes ao preceito norteador da conveniência, é forçoso concluir que essa modalidade de incidência tributária não é conveniente, ainda mais quando nos defrontamos com aplicações financeiras, porquanto retira do indivíduo recursos em tempo absolutamente não propício, no momento em que o aplicador deseja que seu investimento gere ainda mais frutos.

É por essa esteira que trilha Judith Freedman ao refletir que enquanto para o combate da tributação de ganhos acumulados (*accrual basis*) o argumento baseado em capacidade contributiva se mostra frágil, adquirem importância argumentos relacionados à

²²³ Análise acurada da capacidade contributiva em face do ordenamento jurídico-tributário vigente e sua aplicação a este tipo de tributação será efetuada em momento subsequente deste estudo.

conveniência da imposição tributária em momento no qual ainda não houve a realização do ativo, o que poderia conduzir a economia a uma ineficiência, ainda mais se o mercado é volátil e os ganhos acumulados resultarem em perda no período subsequente.²²⁴

Em contraposição a esse pensamento, não obstante reconheça que a tributação de ganhos não-realizados possa, num primeiro momento, afrontar a máxima da conveniência da tributação tal como inicialmente preconizada por Smith, Kevin Holmes sustenta que o problema de ter que liquidar o ativo para quitar a obrigação tributária pode ser superado por meio de uma autorização estatal a que o contribuinte difira o pagamento de imposto sobre ganhos não-realizados, com a cobrança de juros. Neste caso, o Estado atuaria como agente financeiro concedente de crédito.²²⁵ Embora a alternativa proposta pelo autor neozelandês seja uma medida paliativa válida para atenuar problemas relacionados à ausência de caixa por parte do contribuinte, não a vemos como capaz de solucionar a questão da inconveniência desse tipo de tributação, pelo contrário, apenas a destaca, porquanto de modo algum se mostra conveniente a contração de dívida para ter que cumprir com obrigações tributárias.

Superado este ponto, o preceito norteador da eficiência no seu viés de neutralidade merece atenção especial no debate da incidência de Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados. Uma primeira idéia que se pode ter a respeito do tema é que não é neutro o sistema tributário que periodicamente tolhe dos indivíduos parcela de seus ganhos que, ainda acumulados e não percebidos, estão sendo utilizados em investimentos produtivos, fazendo com que a decisão do poupador pela aplicação de recursos em um ou noutro investimento seja influenciada pelo fator tributário. Isto sem mencionar os impactos negativos que a incidência tributária sobre ganhos acumulados pode causar na eficiência no seu viés de desenvolvimento, na hipótese de a tributação periódica de uma dada modalidade de aplicação financeira, que em princípio se mostrava mais atrativa ao poupador, o inibir de circular seus recursos na economia, nesse ou em qualquer outro tipo de investimento.

Analisando a questão sob outro espectro, poder-se-ia alcançar conclusão diversa no que tange ao papel desempenhado pela eficiência quando do exame da tributação de ganhos não-realizados, seja a eficiência encarada no seu viés de neutralidade ou de

²²⁴ *Op. Cit.* (nota 165), p. 202.

²²⁵ *Op. Cit.* (nota 78), p. 570.

desenvolvimento. Isto porque, argumentam alguns, a tributação dos ganhos apenas quando da realização do ativo poderia acabar por restringir a eficiência da mobilidade do capital, uma vez que os indivíduos poderiam pensar em adiar a decisão de desfazimento de um ativo para postergar tributação (*lock-in effect*).²²⁶ Trilhando-se por essa linha, poder-se-ia concluir que a incidência tributária sobre ganhos acumulados é neutra por não forçar o investidor a permanecer com a mesma aplicação financeira por longos períodos de tempo, além de poder eventualmente fomentar maior desenvolvimento, em razão de uma suposta busca constante de circulação de poupança pelas mais diversas modalidades de investimentos financeiros produtivos.²²⁷

Fornecidos pela Teoria da Tributação, há argumentos favoráveis e contrários à incidência tributária sobre ganhos não-realizados. Após cotejar os variados argumentos e aplicá-los ao caso que nos propusemos a analisar, de incidência de Imposto de Renda periodicamente sobre ganhos acumulados de quotistas de fundos de renda fixa, vemos esta modalidade de tributação como não sendo desejável sob o ponto de vista de política fiscal.

Isto porque não é aconselhável que o instrumento tributário sirva como fator que possa criar barreiras à circulação de poupança, nos mercados, dos agentes superavitários para os agentes deficitários. Na medida em que o legislador impõe periódicos “pedágios” aos investimentos financeiros efetuados pelo indivíduo, está, de um lado, retirando recursos produtivos da economia para transferi-los ao Erário, e, de outro, possivelmente inibindo mais investimentos em fundos de renda fixa, muito buscados por pessoas físicas. Adicione-se a isto o fato de que fundos de renda fixa também podem gerar resultados negativos,²²⁸ o que inexoravelmente implica concluir não ser recomendável, segundo a Teoria da Tributação, que se tribute um ganho acumulado que, quando realizado, poderá

²²⁶ HOLMES, Kevin, *op. cit.* (nota 78), p. 382.

²²⁷ Menção deve ser feita também ao fato de que num sistema progressivo de tributação sobre ganhos oriundos do capital – o que não corresponde à realidade brasileira –, a incidência tributária apenas quando da realização do ativo faz com que o contribuinte incorra numa tributação deveras maior, embora diferida para a realização (*bunching effect*). Sobre o assunto, cf. HOLMES, Kevin, *op. cit.* (nota 78), p. 382.

²²⁸ Esclareça-se novamente que no mercado de renda fixa também existe a possibilidade de haver resultados negativos, o que poderia ocorrer, por exemplo, em alienações de títulos com deságio ou no resgate de fundos de renda fixa que possuam em sua carteira valores mobiliários de renda variável que não tenham tido bom desempenho. As operações de swap constituem exemplo peculiar, pois mesmo podendo possuir potencial de gerar resultados negativos, o legislador tributário impreterivelmente atribui-lhes a característica de investimento em renda fixa.

não existir, ainda mais tendo em vista a ausência de previsão de restituição do imposto recolhido antecipadamente.²²⁹

IV.2.6. Tratamento Privilegiado para Não-Residentes

A entrada de investimento estrangeiro nos mercados financeiro e de capitais nacionais foi fortemente impulsionada a partir de 1990, tanto em razão de alterações legislativas havidas no que toca à disciplina do capital estrangeiro como em decorrência da política de globalização em que o Brasil se inseriu. Criaram-se veículos de investimento que possibilitaram o incremento de aportes alienígenas no País e flexibilizaram-se as regras cambiais que regulam a entrada e saída de recursos financeiros detidos por residentes ou domiciliados no exterior.²³⁰

O conceito de residência previsto para pessoas físicas encontra-se atualmente disciplinado pelas autoridades fiscais na Instrução Normativa SRF nº 208/02, tendo como fundamento legal primeiro o artigo 97 do Decreto-Lei nº 5.844/43. Em breve resumo, pode-se dizer que se consideram não-residentes as pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, que estejam no exterior por mais de doze meses ou que se ausentem do País manifestando *animus* definitivo de permanecer no exterior. Ainda, são não-residentes as pessoas jurídicas estrangeiras que não estejam devidamente constituídas no Brasil,²³¹ embora suas filiais, sucursais, agências ou representações autorizadas a operar no País sejam tratadas, para fins fiscais, como pessoas jurídicas residentes.

No âmbito dos mercados financeiro e de capitais, não se faz diferenciação entre os não-residentes, senão em função de seu domicílio: todos eles são em princípio tratados de forma semelhante no que tange à incidência do Imposto de Renda. As mesmas regras domésticas de apuração e recolhimento aplicáveis para uma pessoa física não-residente são aplicáveis para uma pessoa jurídica não-residente, ou mesmo para uma entidade domiciliada no exterior que não seja dotada de personalidade jurídica, razão pela qual

²²⁹ Sob o espectro da política fiscal merece aplauso o legislador por não ter estendido a sistemática do “come-quotas” para outras modalidades de fundos de investimento, em que seriam maiores as possibilidades de verificação de rendimentos negativos em períodos subsequentes.

²³⁰ MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 14), p. 271.

²³¹ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 14), p. 273.

quando fazemos menção a “não-residente” estamos tratando de quaisquer dessas pessoas ou entidades, a não ser que expressamente façamos referência individualizada a uma delas.

Como regra geral, nos mercados financeiro e de capitais os não-residentes são tributados da mesma forma com que se tributam os residentes do País. Essa equiparação entre residentes e não-residentes se extrai, em primeiro lugar, do artigo 18 da Lei nº 9.249/95, o qual estatui que o ganho de capital auferido por não-residentes será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes. Há ainda que se mencionar o artigo 78 da Lei nº 8.981/95, que expressa que os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação a: (i) rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa; (ii) ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas; e (iii) rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Embora inicialmente não tenha havido o esclarecimento pelo legislador ordinário de a qual pessoa residente no País estava se referindo quando da estipulação da equiparação tributária, se à pessoa física ou à pessoa jurídica, entendeu-se que em razão de a disciplina fiscal das pessoas físicas residentes também diferenciar a renda auferida nos mercados das demais modalidades de renda, o não-residente estava a elas equiparado para fins tributários.

Nada obstante existir a supramencionada regra geral de equiparação tributária, conciliando-se o artigo 81 da Lei nº 8.981/95 com o artigo 16 da Medida Provisória nº 2.189-49/01 verifica-se que ao investidor não-residente que cumpra com determinadas normas e condições legalmente estipuladas²³² poderá ser conferido tratamento tributário em princípio mais benéfico do que o aplicável a pessoas físicas residentes. A tal investidor o mercado atribuiu a denominação de “investidor qualificado”, que fará jus a um regime tributário mais vantajoso se não for residente ou domiciliado em jurisdição tida como paraíso fiscal pela legislação brasileira.²³³

²³² Essas regras, hoje consolidadas principalmente na Resolução CMN nº 2.689/00, envolvem, entre outros aspectos, o ingresso de recursos monetários no País por meio do mercado oficial de câmbio, o registro dos capitais ingressantes perante o BACEN, a constituição de procurador no País e a observância de disposições específicas da CVM.

²³³ Para efeito de tributação nos mercados financeiro e de capitais, considera-se paraíso fiscal, nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.959/00, a jurisdição que não tribute a renda ou a tribute a uma alíquota máxima inferior a

O não-residente que não siga plenamente os ditames da Resolução CMN nº 2.689/00 ou que esteja domiciliado em paraíso fiscal, sofre, em regra, tributação de 15% sobre aplicações em renda variável e de até 22,5% sobre aplicações em renda fixa.²³⁴⁻²³⁵ De outra forma, com relação ao investidor não-residente não situado em paraíso fiscal e que atenda aos preceitos da Resolução CMN nº 2.689/00: (i) os ganhos obtidos em bolsa são isentos de Imposto de Renda; (ii) os rendimentos obtidos em aplicações em fundos de investimento em ações (FIA), em operações de *swap* (registradas ou não em bolsa) e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, sofrem incidência de 10%; e (iii) os rendimentos obtidos nos demais casos, inclusive em operações financeiras de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa, são tributados à alíquota de 15%. Há, ainda, regimes específicos conferidos aos investidores qualificados, como isenções sobre rendimentos produzidos por títulos públicos ou por fundos exclusivos para investidores não-residentes que possuam no mínimo 98% de títulos públicos em suas carteiras e isenções sobre rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento em participações (FIP), fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em participações (FICFIP) e fundos de investimento em empresas emergentes (FIEE).²³⁶

É esse tratamento tributário privilegiado para não-residentes que será analisado sob o espectro da Teoria da Tributação. Adentremos, assim, no preceito norteador da equidade, sopesando-o com a eficiência no seu viés de desenvolvimento.

20%. As particularidades das recentes alterações legislativas no conceito de paraíso fiscal contido na Lei nº 9.430/96 não serão ora comentadas, por não influenciar a tributação nos mercados e, por isso, fugir demasiadamente do escopo deste estudo. Pode-se dizer, contudo, que são atualmente consideradas paraísos fiscais as seguintes jurisdições (Instrução Normativa RFB nº 1.037/10: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Kiribati; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Queshm; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; Ilhas de Santa Helena; Santa Lúcia; Federação de São Cristóvão e Nevis; Ilha de São Pedro e Miguelão; São Vicente e Granadinas; Seychelles; Ilhas Solomon; St. Kitts e Nevis; Suazilândia; Suíça (os efeitos de sua consideração como paraíso fiscal estão suspensos por força do Ato Declaratório Executivo RFB nº 11/10); Sultanato de Omã; Tonga; Tristão da Cunha; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

²³⁴ Relembre-se que no caso de aplicações de renda fixa, há a previsão de alíquotas decrescentes (22,5% a 15%) em função do prazo de aplicação, nos termos do artigo 1º da Lei nº 11.033/04.

²³⁵ É de se notar que o regime de equiparação implica que isenções previstas para pessoas físicas residentes também sejam aplicáveis a não-residentes, ainda que em paraíso fiscal, o que inclusive foi confirmado pelas autoridades fiscais no artigo 66, § 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10.

²³⁶ No caso de aplicações em FIP, FICFIP e FIEE, a isenção não será concedida ao quotista titular de quotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% ou mais da totalidade das quotas emitidas pelos fundos, ou cujas quotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total dos rendimentos auferidos pelos fundos.

Demanda o preceito da equidade que as pessoas que estejam em situação semelhante sejam tratadas de maneira similar, ao passo que as pessoas que estejam em situação diferente sejam tributadas de forma diversa. Na primeira hipótese, está-se dando azo à equidade horizontal, enquanto que na segunda hipótese está-se efetivando o corolário da equidade vertical. Num cenário globalizado de transações financeiras internacionais, deve-se empreender análise comparativa entre residentes efetuando investimentos no País e não-residentes também aportando capitais nos mercados nacionais, examinando se o tratamento fiscal privilegiado concedido a estes últimos estaria em desacordo com o preceito norteador da equidade, seja ele considerado em seu vetor de equidade horizontal ou de equidade vertical.²³⁷

A primeira reflexão imposta para o debate da questão é se não-residentes investindo no Brasil estão em situação igual à de residentes que aportam seus recursos nos mercados nacionais. Isso porque, considerando que aos primeiros é concedido tratamento tributário diferenciado, é preciso verificar se existe justificativa, à luz da equidade vertical, de discriminar ambos, prestigiando o investimento externo.

Alguns fatores inegavelmente diferenciam os não-residentes dos residentes, como o domicílio, a origem do capital investido, a sujeição dos seus recursos à variação cambial, a exposição maior do seu capital aos riscos decorrentes de investimento em mercados estrangeiros, entre outros. Contudo, considerando que a equidade está associada à efetivação de justiça na tributação e que o vetor da equidade vertical apenas conduz a um tratamento desigual como forma de colocar alguém que esteja em posição inicial de desfavorecimento em situação comparável com outrem, sob o nosso ponto de vista não há como dizer que os incentivos fiscais concedidos a não-residentes atendem à equidade tributária.

As dificuldades operacionais inerentes à realização de investimentos em mercados estrangeiros não constituem justificativa para afirmar que os não-residentes estão em posição desvantajosa em comparação a residentes, a ponto de demandar que o instrumento tributário atue de modo a sanar desigualdades existentes. Deveras, vê-se na prática dos mercados que os não-residentes que aplicam recursos nos mercados nacionais são em sua enorme maioria grandes investidores, cuja pujança econômica motiva o ingresso em novos

²³⁷ Cumpre advertir que neste momento afastam-se quaisquer considerações jurídicas sobre o princípio da igualdade, tecendo-se comentários apenas à luz da Teoria da Tributação.

mercados, aceitando os riscos inerentes a esse procedimento. Comparando investidores residentes e investidores não-residentes tendo apenas em mira o corolário da justiça fiscal, a conclusão a que se chega é que se um grupo deveria ter tratamento tributário mais benéfico, este seria o composto por investidores residentes, onde há, entre outros investidores, pequenos aplicadores mobilizando poupança que muitas vezes abarca economias de uma vida inteira. Não é equânime, pois, o tratamento privilegiado para não-residentes.

Papel fundamental para o deslinde desse tema sob o lume da Teoria da Tributação possui a eficiência no seu viés de desenvolvimento, numa relação de *trade-off* com o preceito norteador da equidade.

Numa seara com fatores tão móveis como o capital financeiro, a eficiência nesse viés demanda que se permita a plena circulação de capitais estrangeiros dentro da economia brasileira, garantindo-se o desenvolvimento nacional. Os mercados financeiro e de capitais nacionais devem ser atraentes de modo a incentivar que pessoas domiciliadas em outra jurisdição invistam seus recursos no País, ainda mais tendo em vista as dificuldades operacionais inerentes a esse procedimento. Apenas por meio de remunerações líquidas interessantes a atração de investimento externo é possível, o que depende, em larga medida, do instrumento tributário como meio de estimular o direcionamento de capital estrangeiro para o País.

Portanto, a conclusão a que se chega é que havendo outros objetivos que não a justiça fiscal que, se alcançados, gerarão grandes benefícios sócio-econômicos a uma nação, deve-se, em prol da eficiência no seu viés de desenvolvimento, em certa medida abdicar da equidade na incidência de Imposto de Renda sobre ganhos e rendimentos obtidos por não-residentes que investem nos mercados financeiro e de capitais nacionais.

IV.2.7. Legislação e Jurisprudência Vacilantes

Legislação e jurisprudência vacilantes não são monopólio da tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais. Em todos os ramos científicos do Direito, e não apenas no “Tributário”, encontram-se exemplos de textos normativos incoerentes, confusos e esparsos, bem como má condução de determinadas questões por parte dos órgãos

judicantes. No âmbito da tributação da renda nos mercados, em que se lida com significativas quantias de moeda oriundas da poupança popular, tornam-se ainda mais sensíveis essas questões.

O intuito visado no presente momento não é de analisar casos de incongruências legislativas relacionadas à formulação de políticas fiscais. Embora seja uma questão de suma relevância, o nosso objetivo aqui é de trabalhar sobre o Direito posto, e não sobre o Direito pressuposto. Também não se busca compulsar casos em que o Direito foi erroneamente interpretado pelos tribunais brasileiros, sejam eles administrativos ou judiciais. Partindo de exemplo em que o Poder Executivo, por intermédio da Receita Federal, praticou ações e omissões legislativas e decisórias que geraram incertezas e confusões a contribuintes e responsáveis tributários, almeja-se examinar a relação de situações como essa com preceitos norteadores da Teoria da Tributação.

Baseemos nossa análise num caso paradigmático envolvendo a tributação dos fundos de investimento imobiliário (FII). Até poderíamos recheiar a nossa abordagem com outros casos mais singelos, mas julgamos que a descrição minuciosa da celeuma que tangencia aspecto específico concernente aos FII tem plenas condições de demonstrar de que modo as autoridades fiscais vêm contribuindo negativamente para a efetivação de política fiscal adequada *vis-à-vis* a Teoria da Tributação.

Instituídos pela Lei nº 8.668/93 e atualmente regulamentados no âmbito da CVM pela Instrução nº 472/08, os FII são veículos de investimento em empreendimentos imobiliários constituídos sob a forma de condomínios fechados, sem personalidade jurídica. Assim como ocorre com os demais fundos de investimento, os FII em regra não possuem sua carteira diretamente tributada pelo Imposto de Renda, incidindo a referida exação tão somente sobre o quotista, quando da distribuição de lucros por parte do fundo.²³⁸

Tal regra de intributabilidade da carteira do FII comporta duas exceções principais. A primeira exceção está prevista no artigo 2º da Lei nº 9.779/99, o qual traz mandamento que equipara à pessoa jurídica, para fins tributários, o FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista

²³⁸ Trata-se da denominada transparência fiscal dos fundos de investimento, que em nosso entender é meramente parcial, pois os rendimentos originalmente auferidos pelo FII, quando distribuídos aos seus quotistas, são “reclassificados”, adquirindo conseqüente tributário diverso.

que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada²³⁹, mais de 25% das quotas do fundo. A segunda exceção, que ora nos interessa, encontra-se disposta no artigo 16A da Lei nº 8.668/93, o qual assevera que os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos FII em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência na fonte do Imposto de Renda, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a essa modalidade de tributação.

Foquemo-nos nessa segunda exceção. O contribuinte da obrigação tributária relativa ao Imposto de Renda exigido na fonte nessas hipóteses é o FII. Parece que se quis evitar que um veículo de investimento voltado ao aporte de recursos em empreendimentos imobiliários fosse utilizado para outros fins, como a aplicação em renda fixa e em renda variável. Exigiu-se, assim, que tributo fosse cobrado sobre os ganhos líquidos e rendimentos da carteira do FII, embora tenha sido prevista a possibilidade de o imposto retido do fundo ser compensado com o posteriormente devido pelo quotista quando da distribuição dos lucros pelo fundo.

Esta regra, no entanto, não se mostrava proporcional. Olvidou o legislador que na carteira do FII poderiam existir ativos financeiros voltados à atividade imobiliária, como letras hipotecárias (LH), letras de crédito imobiliário (LCI), certificado de recebíveis imobiliários (CRI) e mesmo quotas de outros FII. Conquanto adequada para atingir seus fins, a abrangência da norma extraída do artigo 16A da Lei nº 8.668/93, com a redação que a Lei nº 9.779/99 originalmente lhe deu, não se mostrava necessária, uma vez que não era preciso que ativos financeiros imobiliários também fossem por ela penalizados, sofrendo incidência de Imposto de Renda antes da distribuição de lucros aos quotistas. E mais: esses ativos, se detidos diretamente por uma pessoa física, possuíam rendimentos isentos de Imposto de Renda, não fazendo sentido tributá-los quando detidos indiretamente pela pessoa física, por meio de um FII.

Uma década após a constatação da referida assistemática, o legislador houve por bem excluir os ditos ativos financeiros imobiliários da incidência de Imposto de Renda na fonte. Com as alterações promovidas pela Lei nº 12.024/09 ao artigo 16A da Lei nº 8.668/93, excluíram-se LH, LCI, CRI e quotas de outro FII do rol de aplicações financeiras

²³⁹ Para efeito do disposto em tal artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista (i) pessoa física, os seus parentes até o segundo grau e a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau; e (ii) pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido na legislação comercial.

cujos rendimentos estavam sujeitos à retenção de Imposto de Renda quando recebidos por um FII.²⁴⁰

A alteração legislativa que parecia ter sido a solução de todos os problemas de política fiscal apenas dá início à celeuma que intentamos comentar.

O legislador utilizou-se da técnica da remissão. Estipulou que não se sujeitariam ao Imposto de Renda na fonte as aplicações efetuadas “*nos ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004*”. Este dispositivo citado, por sua vez, traz isenção para pessoas físicas sobre os rendimentos decorrentes de aplicações em LH, LCI e CRI (inciso II) e em FII cujas quotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado (inciso III). Caso o aludido artigo 3º finalizasse por aí, não emergiriam quaisquer dificuldades relativas à remissão efetuada pelo legislador. Todavia, o dispositivo vai mais além. Em seu parágrafo único, estipula alguns requisitos para a fruição da isenção, pela pessoa física, em relação a aplicações em quotas de FII, requisitos estes relacionados à pulverização do fundo: (i) o FII deve possuir no mínimo 50 quotistas; e (ii) para fazer jus à isenção, o quotista deverá possuir menos de 10% das quotas do FII, não podendo suas quotas darem-lhe direito à percepção de mais de 10% dos rendimentos auferidos pelo FII.²⁴¹

A conciliação entre os dispositivos mencionados fez emergir no mercado a dúvida de se ficariam os FII que aplicam em quotas de outros FII sujeitos aos mesmos requisitos

²⁴⁰ “Art. 16-A. Os rendimentos e ganhos líquidos auferidos pelos Fundos de Investimento Imobiliário, em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, observadas as mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas submetidas a esta forma de tributação. § 1º. Não estão sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos **ativos de que tratam os incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.**” (destacamos)

²⁴¹ “Art. 3º. Ficam isentos do imposto de renda:

[...]

II - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário.

III - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliários cujas quotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado.

[...]

Parágrafo único. **O benefício disposto no inciso III do caput deste artigo:**

I - será concedido somente nos casos em que o Fundo de Investimento Imobiliário possua, no mínimo, 50 (cinquenta) quotistas;

II - não será concedido ao quotista pessoa física titular de quotas que representem 10% (dez por cento) ou mais da totalidade das quotas emitidas pelo Fundo de Investimento Imobiliário ou cujas quotas lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 10% (dez por cento) do total de rendimentos auferidos pelo fundo.” (destacamos)

exigidos para as pessoas físicas que investem em FII, para fins de fruição da isenção. Muito embora a Lei nº 8.668/93 faça menção à isenção dos ativos dispostos nos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04, não parecendo sujeitá-la a qualquer condição ulteriormente trazida no parágrafo único deste mesmo diploma legal, houve fontes pagadoras que, detendo responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda porventura devido, julgaram por bem consultar formalmente as autoridades fiscais para verificar a interpretação do Fisco sobre o alcance da isenção.

Em resposta à consulta formulada, a Superintendência Regional da Receita Federal da 8ª Região Fiscal, além de não trazer luz à questão, obscureceu-a por completo. Nada obstante a exposição legislativa efetuada pela consulente, as autoridades fiscais conferiram resposta à consulta como se desconhecessem por completo o teor da Lei nº 12.024/09. Em vez de esclarecer de que forma aplicar-se-ia a isenção para FII que investe em quotas de outro FII, o Fisco houve por bem restringir-se a afirmar que inexistia qualquer isenção para FII em tais situações,²⁴² em que pese a vigência de lei que hialinamente estatuiu o contrário.

Inconformada com o resultado da Solução de Consulta nº 489/09, a outrora consulente impetrou mandado de segurança questionando a interpretação conferida pelas autoridades fiscais à situação em concreto. Intimada para se manifestar sobre o caso, novamente a Receita Federal insistiu na tese de que não existiria isenção de Imposto de Renda quando FII distribuísse lucros a outro FII. Felizes foram as considerações da juíza Maria Lucia Lencastre Ursaia que, dando provimento ao pedido da impetrante no Mandado de Segurança nº 2010.61.00.003108-8, de 09 de abril de 2010, expressou que “*razão está com o Impetrante eis que, a prevalecer o entendimento exposto [sic] na consulta administrativa ora impugnada (PA 16327.001032/2009-26), a nova disposição legal [...]*

²⁴² “PROCESSO DE CONSULTA nº 489/09

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal / 8ª Região Fiscal

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF.

Ementa: DISPENSA DE RETENÇÃO. A isenção prevista nos incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 2004, aplica-se apenas nos casos de remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários, letras de crédito imobiliário; e rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliário (cujas quotas sejam negociadas exclusivamente em bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado), pago a pessoas físicas, desde que observado o disposto no seu parágrafo único.

Os lucros distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário a outro Fundo de Investimento Imobiliário, 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, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na Fonte à alíquota de 20% (vinte por cento), como antecipação do devido na declaração, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado; ou tributação exclusiva, nos demais casos.

(Data da Decisão: 28.12.2009)”

foi inútil porque a restrição da isenção do IR às pessoas físicas quanto aos rendimentos em questão já constava [...]” na legislação então vigente.

Deixando em segundo plano a interpretação que deve prevalecer na análise de se para a fruição da isenção também se aplicam aos FII os requisitos em princípio direcionados apenas às pessoas físicas – tendo neste caso concreto o intérprete autêntico (o juiz, utilizando, aqui, a conceituação kelseniana) entendido pela negativa –, o cerne que vem a lume e que desperta a atenção de quem trabalha com a Teoria da Tributação é o elevado grau de incerteza trazido por um órgão cuja missão não deveria ser outra que não zelar pela correta e precisa aplicação da legislação tributária. Mas os problemas não param por aí.

Editou-se, em abril de 2010, ato administrativo visando a regulamentar a tributação nos mercados financeiro e de capitais, consolidando em apenas um texto normativo as regras infralegais relativas a tema tão peculiar e intrincado como este. Esta foi uma iniciativa imensamente festejada pelos aplicadores do Direito Tributário, haja vista as dificuldades e incongruências que regras esparsas concernentes à tributação da renda nos mercados acarretavam. Neste ponto, trilharam caminho correto as autoridades fiscais, fomentando o preceito norteador da simplicidade, que, para restar plenamente atendido, adicionalmente demandaria que o Poder Executivo editasse anualmente, por meio de atualização do “Regulamento do Imposto de Renda”, a consolidação dos textos legais vigentes direcionados à tributação nos mercados, tal como preconiza o artigo 212 do Código Tributário Nacional²⁴³. Entretanto, no que tange a algumas questões muito importantes, notadamente esta que acabamos de relatar, a Receita Federal do Brasil instaurou verdadeiro caos no ordenamento jurídico-tributário.

Mais do que não esclarecer quais os requisitos impostos para que seja fruída a isenção decorrente de rendimentos auferidos por FII que aplica em quotas de outros FII, o descaso do legislador infralegal para com a boa técnica legislativa resultou, quando da edição da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10, na “extinção” dessa isenção e na “criação” de uma nova isenção. Relembre-se que a Lei nº 12.024/09 fez remissão aos incisos II e III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04 ao instituir, para os FII, isenções já

²⁴³ “Art. 212. Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.”

existentes para pessoas físicas. O artigo 28, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10, ao dispor sobre tais isenções para FII, também fez remissão aos incisos II e III, mas do artigo 44 do mesmo texto infralegal. Não haveria nenhum problema na técnica adotada não fosse o fato de os incisos II e III do mencionado artigo 44 não possuírem o mesmo teor dos incisos II e III do retro-exposto artigo 3º da Lei nº 11.033/04. Não perceberam as autoridades fiscais que colocaram o teor do inciso III do artigo 3º da Lei nº 11.033/04 não no inciso III do artigo 44 da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10, mas no seu artigo 32. Veja-se quadro comparativo dos textos legais e infralegais sobre a matéria:

TEXTO LEGAL Lei nº 8.668/93 (art. 16A), alterada pela Lei nº 12.024/09, e Lei nº 11.033/04 (art. 3º)	TEXTO INFRALEGAL Instrução Normativa RFB nº 1.022/10
Art. 16A. [...] § 1º. Não estão sujeitas à incidência do imposto de renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos ativos de que tratam os <u>incisos II e III do art. 3º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.</u>	Art. 28. [...] § 1º. Não estão sujeitas à incidência do imposto sobre a renda na fonte prevista no caput as aplicações efetuadas pelos Fundos de Investimento Imobiliário nos ativos de que tratam os <u>incisos II e III do art. 44.</u>
Art. 3º. Ficam isentos do imposto de renda: [...] <u>II</u> - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário. [...] <u>IV</u> - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por Certificado de Depósito Agropecuário - CDA, Warrant Agropecuário - WA, Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio - CDCA, Letra de Crédito do Agronegócio - LCA e Certificado de Recebíveis do Agronegócio - CRA, instituídos pelos arts. 1º e 23 da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004; [...]	Art. 44. São isentos do imposto sobre a renda: [...] <u>II</u> - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário; <u>III</u> - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por Certificado de Depósito Agropecuário (CDA), Warrant Agropecuário (WA), Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), instituídos pelos arts. 1º e 23 da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004; e [...]
Art. 3º. Ficam isentos do imposto de renda: [...] <u>III</u> - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos Fundos de Investimento Imobiliários cujas quotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. [...]	Art. 32. Ficam isentos do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, os rendimentos distribuídos pelos fundos de investimento imobiliário cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsas de valores ou no mercado de balcão organizado. [...]

O quadro acima tem o condão de demonstrar que a imprecisão legislativa da Receita Federal fez com que rendimentos de títulos do agronegócio detidos por FII passassem a gozar de isenção de Imposto de Renda, ao passo que rendimentos oriundos de quotas de

outros FII por ele detidas não tivessem qualquer isenção reconhecida. Isto não é admissível em face do princípio da estrita legalidade preconizado pelo artigo 150, I, da Constituição Federal e pelo artigo 97, I e II, do Código Tributário Nacional, segundo o qual isenções concernentes ao Imposto de Renda apenas podem ser concedidas ou revogadas por meio de lei (em sentido estrito).

A descrição exaustiva dessa celeuma que envolve a incidência de Imposto de Renda sobre FII tem o condão, primeiramente, de demonstrar que o preceito norteador da simplicidade não vem sendo bem aplicado pelas autoridades fiscais ao disciplinarem a tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais. A Teoria da Tributação exige que o ordenamento jurídico-tributário seja construído de maneira clara e sem contradições, a fim de que a sociedade possa entendê-lo e dar correto cumprimento às obrigações tributárias emergentes, se existentes. Mister se faz lembrar neste momento os ensinamentos de Adam Smith, segundo o qual tamanha é a relevância da certeza na tributação que, para o autor, grau elevado de iniquidade nem de longe representaria mal tão substancial como um pequeno grau de incerteza ou indefinição no tocante à incidência tributária.²⁴⁴

Pode-se ainda dizer que legislação e jurisprudência vacilantes, notadamente quando emanadas de órgão que por princípio deveria zelar pela correta aplicação dos mandamentos legais de incidência tributária, têm o condão de acarretar ineficiência no sistema tributário como um todo, maculando o preceito norteador da eficiência no seu viés de desenvolvimento. Se um sistema tributário eficiente pode ser tido como aquele que fomenta a circulação de recursos ociosos entre os agentes econômicos, estimulando o desenvolvimento nacional, à medida que são criados entraves pela Receita Federal do Brasil à fruição de incentivos fiscais legalmente previstos, depara-se com o Poder Executivo afastando investidores, causando assim a indesejada ineficiência da tributação da renda auferida no âmbito dos mercados.

²⁴⁴ *Op. Cit.* (nota 133), p. 306.

PARTE III:

**DIREITO TRIBUTÁRIO E OS
MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS**

V. ASPECTOS TEÓRICOS RELATIVOS À TRIBUTAÇÃO DA RENDA

V.1. As Múltiplas Facetas do Conceito de Renda

V.1.1. As Diversas Manifestações de Renda na Sociedade e as Teorias da Renda-Produto e da Renda-Acréscimo

Para que se empreenda análise sobre a constitucionalidade e a legalidade de dispositivos contidos no ordenamento jurídico-tributário voltados à tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, torna-se essencial esmiuçar os principais conceitos de Direito Tributário relativos à exação que se denomina “Imposto de Renda”. E isto deve ser feito progressivamente, partindo do geral para o particular, de considerações introdutórias sobre renda para especificidades legislativas do Imposto de Renda, contidas na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional. É o que será desenvolvido, e por vezes reconstruído, ao longo deste capítulo.

A necessidade de impor tributação resulta na inevitável discussão sobre como a carga fiscal deve ser distribuída. Em primeiro lugar, requer-se a análise da materialidade a ser tributada, ou seja, se se deve tributar a renda, o patrimônio, a propriedade, o consumo, as transações financeiras ou uma combinação de todas as manifestações de riqueza. Definido que a renda deve ser tributada, outro exame requerido é o que deve ser tido por renda tributável.²⁴⁵

Esta discussão sobre a manifestação de renda que deve ser tributada remete-nos à constatação de que o termo “renda” possui acepções diversas para diferentes pessoas. Conforme nos relata Kevin Holmes, enquanto alguns economistas entendem que renda traduz experiências psíquicas e utilidade, outros adotam a visão pragmática de que renda é moeda disponível. Por outro lado, ainda segundo a análise do autor, contabilistas tenderiam a considerar existir renda apenas quando transações ou eventos econômicos ocorrem, ao passo que juízes teriam por costume tratar renda como sendo o fluxo oriundo do uso do capital e da provisão de serviços.²⁴⁶

Há teorias que buscam incluir no conceito de renda tão somente recebimentos derivados de fontes permanentes ou que se reproduzem no tempo, tais como salários,

²⁴⁵ HOLMES, Kevin, *op. cit.* (nota 78), p. 3.

²⁴⁶ *Op. Cit.* (nota 78), pp. 3-4.

aluguéis, dividendos e juros, excluindo ganhos não recorrentes, tais como ganhos de capital, doações e demais ganhos esporádicos, do conceito de renda (teoria renda-produto).²⁴⁷ Trata-se da análise do conceito de renda na ótica da produção, em que renda seria o produto periódico de uma fonte permanente, durável, contrapondo-se a essa teoria a teoria da renda-acrécimo, defendida por Schanz, Neumark, Haig e Simons, entre muitos outros.²⁴⁸⁻²⁴⁹ Atualmente, esses critérios, típicos da teoria da renda-produto, estão superados na maioria dos ordenamentos, não sendo ínsitas ao conceito de renda tributável nem a permanência da fonte nem a regularidade do recebimento.²⁵⁰

Analizando antigas decisões judiciais estrangeiras concernentes ao conceito legal de renda, constata Kevin Holmes que tempos atrás o critério da periodicidade era exigido para que determinado montante fosse considerado tributável, apenas havendo incidência sobre influxos oriundos de transações recorrentes. Verifica, contudo, que a ausência de tal critério não mais se mostra como fator decisivo para que renda deixe de ser considerada tributável.²⁵¹ Isto já era também apontado em meados do século XX por Rubens Gomes de Sousa, ao asseverar que numa teoria mais clássica de renda – a denominada “renda-produto” – os elementos definidores que tendem a desaparecer são a periodicidade e a existência de uma fonte duradoura.²⁵²

Voltando-nos novamente aos escritos de Kevin Holmes, mostra-nos o autor neozelandês que o conceito de renda pode ser resumido numa pirâmide, com economistas na base, contabilistas na zona intermediária e juristas no topo.²⁵³ Quanto mais se caminha em direção aos economistas, mais extenso tende a ser o conceito de renda, no qual estaria incluído, por exemplo, o conceito de renda imputada, caracterizada como o benefício monetário e satisfação gerada em razão da detenção de ativos próprios e da prestação de serviços a si mesmo (auto-serviço). De maneira inversa, a tendência é que o conceito de renda se estreite caminhando-se em direção aos juristas, notoriamente em decorrência da

²⁴⁷ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Justec, 1971, pp. 2-9.

²⁴⁸ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 20-21.

²⁴⁹ Sobre o assunto, cabe conferir as sintéticas porém detalhadas características da teoria da renda-produto traçadas por José Artur Lima Gonçalves com base na doutrina de Belsunce, em: GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda: Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 192-194.

²⁵⁰ PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *op. cit.* (nota 247), pp. 2-9.

²⁵¹ *Op. Cit.* (nota 78), pp. 164-166.

²⁵² *Op. Cit.* (nota 7), p. 341. Cumpre notar que este estudo, publicado em português no Brasil em 1970, foi originalmente escrito em francês, em 1951.

²⁵³ *Op. Cit.* (nota 78), p. 241.

busca pela conciliação do conceito de renda com razões de ordem de mensurabilidade e praticabilidade.

Em consonância com esse conceito mais jurídico de renda, Thomas Chancellor assevera que esta materialidade deve sempre significar algo que seja mensurável, direta ou indiretamente. Por entender que satisfações subjetivas não são mensuráveis, nega à denominada renda imputável a característica de renda efetiva, passível de tributação. Para o autor, tudo que acresce o poder de compra de um indivíduo seria considerado renda, inclusive ganhos eventuais (*windfall gains*) e heranças e doações, mas este não seria o caso de satisfações decorrentes de serviços prestados a si mesmo e do uso de ativos próprios (renda imputada).²⁵⁴ Nesse mesmo sentido, para Joachim Lang o conceito de renda imputada não seria legalmente executável, haja vista que não seria possível a mensuração dos benefícios econômicos decorrentes do uso de todos os ativos detidos por uma pessoa ou dos serviços que ela executa a si mesma. Assim conclui que em razão de a limitação de sua aplicabilidade poder acarretar tratamentos desiguais, o mandamento da capacidade contributiva exigiria que não se tributasse renda imputada.²⁵⁵

Também Victor Thuronyi entende renda, para fins fiscais, como sendo a conciliação entre equidade e mensurabilidade. Além de captar a capacidade contributiva individual, a renda deve ser mensurável a ponto de poder ser determinada por meio de critérios objetivos. Eis a razão por que tece críticas aos conceitos de renda desenvolvidos por Haig e Simons, de que acréscimos de satisfações pessoais deveriam ser considerados renda, haja vista que bem-estar individual seria notoriamente difícil de definir em termos de mensurabilidade.²⁵⁶

Avançando um pouco mais no estudo, vê-se no economista norte-americano Edwin Seligman a definição de que renda seria caracterizada pelo fluxo de riquezas num período definido de tempo – que para ele seria anual na seara fiscal –, o qual conferiria ao seu detentor a possibilidade de consumir riqueza sem que houvesse qualquer redução do seu capital original. Afirmando que doações e heranças, por serem transferências patrimoniais, não constituiriam renda, menciona que esta seria a razão pela qual alguns autores

²⁵⁴ In “Imputed Income and the Ideal Income Tax”, in Paul Caron et al. (orgs.), *Federal Income Tax Anthology*, Cincinnati; Ohio: Anderson, 1997, pp. 142-144.

²⁵⁵ *Op. Cit.* (nota 75), pp. 19-20.

²⁵⁶ In “The Concept of Income”, in Paul Caron et al. (orgs.), *Federal Income Tax Anthology*, Cincinnati; Ohio: Anderson, 1997, pp. 107-111.

consideram que o conceito de renda pressuporia a idéia de regularidade ou periodicidade da fonte, embora reconheça que tal conceito não é isento de críticas, porquanto torna extremamente difícil a classificação, como renda, de ganhos especulativos, entre outros.²⁵⁷

Trilhando por outra linha sem que por isto deixasse de alcançar similar resultado prático, Joachim Lang entende que pelo fato de não haver nenhuma criação de novo poder econômico no caso de doação ou herança recebida, não deve haver a sua sujeição à tributação, a despeito de reconhecer que tais valores constituem renda se visualizarmos apenas a posição do recipiente. Assim, seus argumentos se prendem mais à tentativa de evitar uma suposta dupla tributação, com incidências concomitantes de impostos sobre a renda e sobre doações e heranças, do que à impossibilidade de considerar essas materialidades como sendo renda.²⁵⁸ Este também parece ser o raciocínio de Alcides Jorge Costa, para quem não seria possível a incidência do Imposto de Renda sobre heranças e doações em razão de estarem submetidas a imposto específico de competência dos Estados-membros, embora reconheça que nada impede que juridicamente haja essa dupla incidência.²⁵⁹

Sem ser nosso objetivo no presente estudo a análise de se heranças e doações constituem renda tributável, deve-se notar que essa discussão apenas emerge em razão da tendência de se considerar como renda, para fins tributários, o acréscimo de poder econômico, medido num lapso temporal, percebido pelo indivíduo. Neste diapasão, Kevin Holmes expõe-nos que a idéia de períodos sempre esteve presente em estudos clássicos sobre o conceito de renda e, referindo-se a Schanz e Haig, menciona que renda era entendida como “*influxo líquido de riqueza dentro de um período de tempo*” ou como “*valor monetário de acréscimo líquido ao poder econômico de um indivíduo durante dois pontos no tempo*” (teoria renda-acréscimo).²⁶⁰

Pois bem. Esta breve exposição teve o condão de demonstrar que a doutrina vem há muito tempo se debruçando sobre qual seria o conceito de renda, mais especificamente sobre o que deveria ser tido por renda tributável. Enquanto há posicionamentos de que renda pressupõe aquisição de poder econômico sem necessariamente vinculá-lo à

²⁵⁷ In *The Income Tax: A Study of the History, Theory and Practice of Income Taxation at Home and Abroad*. Nova Iorque: Macmillan, 1911, pp. 19-20.

²⁵⁸ *Op. Cit.* (nota 75), p. 20.

²⁵⁹ *Op. Cit.* (nota 248), pp. 28-29.

²⁶⁰ *Op. Cit.* (nota 78), p. 564.

existência efetiva de acréscimo patrimonial mensurado em um interregno, há autores reiteradamente afirmando que o conceito de renda pressuporia incremento no patrimônio do beneficiário. Como se apresenta doravante, esta última é a posição que parcela substancial da doutrina tributária nacional adota.

De acordo com José Luiz Bulhões Pedreira, a renda das pessoas é percebida e medida como fluxos de direitos patrimoniais que crescem aos seus respectivos patrimônios.²⁶¹ Cumpre aqui lembrar que o conceito civilista de patrimônio, ou universalidade de direito, é definido, nos termos do artigo 91 do Código Civil, como o plexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico. Em estudo mais antigo sobre o assunto, chegou o mencionado jurista a afirmar que a idéia de período de tempo integra a noção de renda, distinguindo-se, deste modo, da noção de rendimento, que para ele caracterizaria determinado ganho (ou quantidade de renda).²⁶²

A idéia de patrimônio é tão ínsita ao conceito de renda preconizado por Ricardo Mariz de Oliveira que ele estatui, na página inaugural do primeiro capítulo de livro inteiramente dedicado ao imposto que incide sobre essa materialidade, que “*salvo algumas reticências, ninguém mais duvida de que o fato gerador do imposto de renda seja a existência de acréscimo patrimonial*”.²⁶³

Para o aludido tributarista, o Imposto de Renda apenas poderia incidir sobre a diferença positiva entre o patrimônio do contribuinte existente no término e no início do período de apuração²⁶⁴ ou, nos dizeres de Rubens Gomes de Sousa, sobre o acréscimo patrimonial líquido verificado entre duas datas predeterminadas.²⁶⁵ Fazendo menção à posição doutrinária majoritária que foi sendo desenvolvida em âmbito nacional, expôs Rubens Gomes de Sousa que a característica fundamental da renda é a de configurar aquisição de riqueza nova que aumenta o patrimônio e pode ser consumida ou reinvestida sem reduzi-lo.²⁶⁶ Por essa mesma esteira caminham João Francisco Bianco²⁶⁷, Paulo Ayres Barreto²⁶⁸ e Sacha Calmon Navarro Coêlho²⁶⁹.

²⁶¹ In *Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas*, v. 1, Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 175.

²⁶² *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-3.

²⁶³ In *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 38.

²⁶⁴ *Op. Cit.* (nota 263), p. 39.

²⁶⁵ In *Pareceres – 1: Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 67.

²⁶⁶ *Op. Cit.* (nota 265), p. 67.

²⁶⁷ In *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 46.

²⁶⁸ In *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 71-72.

Postas essas posições a respeito do conceito de renda, torna-se importante, antes de verificarmos as origens do imposto que incide sobre tal objeto, breve exposição das discussões existentes sobre qual materialidade deve ser alcançada pelo referido imposto, se toda a renda auferida ou apenas a parcela que se destina ao consumo.

V.1.2. Tributação da Renda Consumida vs. Tributação da Renda Total Auferida

Tema doutrinário deveras relevante quando lidamos com o Imposto de Renda é saber se sua base de cálculo deve conter apenas a renda consumida, isto é, a parcela da renda aplicada para a aquisição de bens e serviços, ou também a renda poupada ou investida.

Mostra-nos José Luiz Bulhões Pedreira que autores como Fisher, por partirem da aceção de que renda é o conjunto de satisfações advindas do consumo, defendem seja tributada apenas a renda consumida, enquanto que outros autores, como Taylor, consideram que as satisfações proporcionadas pela renda não são apenas as do consumidor, podendo ser obtidas mediante a poupança para gozo futuro. Neste último caso, defende-se a tributação das rendas consumida e poupada de maneira indistinta.²⁷⁰

Leciona Alcides Jorge Costa que o conceito de renda poderia ser examinado nas óticas do consumo (ou emprego) e da produção, além da ótica da distribuição, neste momento não relevante. Segundo o autor, a renda seria, na ótica da produção, o produto periódico de uma fonte permanente. Em outros termos, seria o resultado das atividades econômicas recorrentes desenvolvidas pelo contribuinte, englobando, portanto, a renda consumida e a renda poupada. Por seu turno, sob a ótica do consumo a renda seria apenas aquilo que a pessoa consome efetivamente, excluindo-se de seu conceito a parcela destinada à poupança.²⁷¹

Expondo que na Contabilidade Social – conjunto de instrumentos capazes de mensurar a movimentação econômica de uma nação – toda renda produzida é computada, independentemente de ser poupada ou consumida, José Luiz Bulhões Pedreira alcança a

²⁶⁹ In “O Imposto de Renda (*Liber Amicorum in Honor* do Prof. Paulo de Barros Carvalho)”, in Luís Eduardo Schoueri (org.), *Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 296.

²⁷⁰ *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-8.

²⁷¹ *Op. Cit.* (nota 248), pp. 20-21.

conclusão de que no “Direito Fiscal” – utilizando aqui a expressão do autor – este conceito amplo de renda é preferível. Embasa seu entendimento nos seguintes termos: se a seara tributária busca utilizar renda como medida de capacidade contributiva, uma definição mais abrangente de renda teria o condão de aferir com maior exatidão a capacidade corrente de pagar o imposto. E isto independeria da destinação dada pelo indivíduo ao montante auferido.²⁷²

Ao tratar sobre o tema, Klaus Tipke primeiramente destaca que na sua essência o mandamento da capacidade contributiva não considera apenas a renda destinada ao consumo, mas a renda total disponível para o cidadão. E considera como renda disponível a materialidade deduzida do que o cidadão precisa utilizar para prover suas necessidades, já que nenhum imposto poderia adentrar o mínimo existencial. Chega a afirmar o jurista alemão que os impostos pessoais somente poderiam ser pagos com base na renda disponível, único parâmetro nato para mensurar a capacidade contributiva individual.²⁷³

A tributação da renda consumida vai ao encontro do pensamento de alguns autores no sentido de que renda é medida pela utilidade ou prazer gerado, o que apenas poderia ser detectado quando ocorrido o consumo. Não obstante, em termos de política fiscal, demonstra Kevin Holmes que a tributação ampla da renda é mais desejável, pois atende de melhor forma à equidade e à neutralidade na medida em que considera uma base mais abrangente sem discriminar, com tratamento mais favorável, a renda poupada. Menciona que até mesmo um dos idealizadores da tributação da renda consumida (*expenditure tax*) – Kaldor – reconheceu que em razão de a poupança ficar alheia à incidência fiscal em seu modelo, uma indefinida concentração de riqueza acumulada não tributada poderia ocorrer.²⁷⁴

Citando Taylor, José Luiz Bulhões Pedreira alerta que a tributação da renda poupada pode, em certos casos, acarretar um “tratamento discriminatório contra a poupança”. Isso poderia decorrer de uma dupla contagem, para fins tributários, da renda poupada: uma no momento em que a renda é auferida e outra no momento em que o capital aplicado (e já

²⁷² *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-8.

²⁷³ In “Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (orgs.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, trad. Luís Eduardo Schoueri, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 64-65.

²⁷⁴ *Op. Cit.* (nota 78), pp. 48-51.

tributado) é desinvestido, sendo transformado em renda consumida.²⁷⁵ Para evitar esse indesejável efeito, as legislações nacionais podem em princípio adotar duas diferentes soluções. A primeira seria desonerar o capital investido (e já tributado) de nova incidência tributária quando for descapitalizado, fazendo com que imposto incida tão somente sobre acréscimos verificados no principal empregado (ou seja: sobre nova renda). Solução alternativa seria desonerar a renda poupada até que esta seja desinvestida, sem necessariamente exigir o seu consumo para a incidência tributária. Como regra geral, a solução brasileira para evitar o aludido problema de tratamento discriminatório contra a poupança está fundada na primeira alternativa mencionada, havendo, no entanto, situações em que a segunda alternativa é utilizada, como no caso de tributação de algumas modalidades de investimento em previdência complementar (*e.g.*, Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL).

Vê-se, pois, que a despeito de haver quem sustente que o Imposto de Renda somente deva incidir sobre acréscimos de poder econômico que sejam utilizados no consumo, não apenas a renda consumida tem o condão de refletir incremento de riqueza ao indivíduo, devendo prevalecer, na seara fiscal, a tese de que também a renda destinada à poupança visando ao consumo futuro é passível de tributação. Com efeito, conforme exposto adiante, é sobre a totalidade da renda dos indivíduos que incide o Imposto de Renda tal como preconizado e implementado por diversos países, salvo exceções de ordem extrafiscal.

V.1.3. Origens do Imposto de Renda no Direito Comparado e no Direito Interno

A origem do Imposto de Renda na sua feição moderna remonta ao Reino Unido, tendo sido criado no final do século XVIII como um mecanismo para financiar aquela nação nas Guerras Napoleônicas (1793-1816). Colidindo com o pensamento então dominante, sustentado inclusive por Smith, de que a tributação deveria ser voluntária e de que a renda, diferentemente de bens, consumo e propriedades, não seria uma boa medida para a tributação, em 1799 o Imposto de Renda foi instituído no Reino Unido mediante

²⁷⁵ *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-8.

proposta do primeiro-ministro William Pitt para, de forma temporária, angariar recursos para batalhas contra Napoleão.²⁷⁶

Fundamentado na teoria do sacrifício, em que todos deveriam contribuir para o Estado em razão da proteção por este oferecida, o imposto vislumbrado por Pitt era baseado numa tributação proporcional. Isto porque embora considerasse que o Imposto de Renda era um meio de distribuir a carga fiscal igualmente sobre todos, Pitt tenazmente se colocava contra qualquer tentativa de utilizar tal tributo como instrumento de se alcançar igualdade social.²⁷⁷ De outra forma, a despeito de também ter sido instituída para financiar guerras, a tributação da renda inicialmente implementada na Alemanha (1808) e nos Estados Unidos (1864) detinha a progressividade como característica.²⁷⁸

Haja vista a baixa aceitação que tributos incidentes sobre a renda possuíam ao longo do século XIX, a história nos demonstra que os países foram instituindo o Imposto de Renda sempre em caráter excepcional, extraordinário, visando a fazer frente aos gastos de guerra, principalmente os bélicos. Conquanto houvesse resistência por parte da população mesmo em períodos de guerra no que tange à exigência do mais pessoal e quiçá invasivo dos impostos, naquele período esse tipo de incidência se mostrou tolerável. Não obstante, passados os períodos de guerra daquele século, os Estados nacionais constataram que havia outras despesas públicas a serem custeadas, e que o Imposto de Renda se mostrava como exímio meio para o financiamento estatal. Diante disto, a referida exação tornou-se instrumento permanente, e não mais temporário, de se alcançarem as riquezas produzidas pelos indivíduos.

No Brasil, o Imposto de Renda foi introduzido no ordenamento jurídico em 1922, por meio da Lei nº 4.625, que, em seu artigo 31, determinou que o imposto deveria ser pago “sobre o conjunto de líquido de rendimentos de qualquer origem”. Diferentemente do que se observou no Reino Unido, na Alemanha e nos Estados Unidos, o legislador brasileiro não justificou em demandas bélicas ou acontecimentos extraordinários a introdução do Imposto de Renda na primeira metade do século XX, mas tão somente na necessidade de fazer frente a despesas estatais comuns.

²⁷⁶ GROSSFELD, Bernhard; BRYCE, James. “A Brief Comparative History of the Origins of the Income Tax in Great Britain, Germany and the United States”, in *American Journal of Tax Policy*, v. 211, 1983, p. 212.

²⁷⁷ GROSSFELD, Bernhard; BRYCE, James., *op. cit.* (nota 276), pp. 215-217.

²⁷⁸ Cf. GROSSFELD, Bernhard; BRYCE, James., *op. cit.* (nota 276), pp. 223-251.

Há quem remeta a origem do Imposto de Renda à “décima urbana”, tributo instituído em 1808 para atingir rendimentos líquidos de locadores de prédios urbanos, ou mesmo à “décima celular”, tributo instituído nos idos de 1641 para atingir a décima parte do produto transacionado, mas o fato é que o primeiro tributo que visou a alcançar um conjunto global de rendimentos foi aquele instituído em 1922.²⁷⁹ Destarte, desde os tempos de Colônia a história da tributação no Brasil remonta a alguns tributos que tinham a natureza de impostos sobre itens específicos de renda, mas apenas mediante a Lei nº 4.625/22 criou-se o “imposto geral sobre a renda”. Previu-se que este incidiria sobre o conjunto líquido dos rendimentos de qualquer origem (universalidade), mas, com relação aos não-residentes, apenas alcançaria a renda apurada em solo nacional (territorialidade).²⁸⁰

Nada obstante, mister se faz salientar que a Lei nº 4.625/22 não foi colocada em prática. Era uma lei válida, mas absolutamente ineficaz. Outros preceitos sucederam à referida lei até que, enfim, ainda na década de 20 do século passado, fosse o Imposto de Renda efetivamente exigido de contribuintes.²⁸¹

É de se mencionar que o Imposto de Renda brasileiro foi historicamente concebido como um tributo com caráter progressivo, muito embora a Constituição Federal vigente à época não exigisse qualquer progressividade. Aliás, a Constituição de 1891 sequer mencionava expressamente o Imposto de Renda no rol de tributos previstos, tendo sido este instituído em razão da competência residual existente à época. Eis o momento certo para que adentremos na análise constitucional da tipologia do Imposto de Renda brasileiro, a fim de examinar as suas características principais que podem ser observadas atualmente.

²⁷⁹ Cf. CAMPOS, Djalma de. “Henry Tilbery e o Imposto de Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 239-240; CORRÊA, Walter Barbosa. “Subsídios para o Estudo da História Legislativa do Imposto de Renda no Brasil”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 249.

²⁸⁰ COSTA, Alcides Jorge. “História da Tributação no Brasil”, in Roberto Ferraz (org.), *Princípios e Limites da Tributação*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 84.

²⁸¹ COSTA, Alcides Jorge, *op. cit.* (nota 280), p. 84.

V.2. Delimitações Constitucionais à Tributação da Renda

V.2.1. Renda e Proventos de Qualquer Natureza

A primeira Carta Constitucional brasileira que previu o Imposto de Renda foi a de 1934, no que foi seguida pelas demais que a sucederam. Na vigente Constituição Federal, o Imposto de Renda está previsto no artigo 153, III, sendo integralmente de competência da União. Critérios para se saber o que deve ser tomado como renda tributável são especificados pela legislação complementar, mas a questão que inicialmente se coloca é se haveria, no próprio texto constitucional, dispositivos de onde se possa extrair um conceito, mesmo que mínimo, de renda.

Em primeiro lugar, impõe-se desenvolver análise sobre o alcance do termo “renda e proventos de qualquer natureza”, o qual adstringe a competência tributária da União relativamente à modalidade de imposto que visa a incidir sobre essa materialidade. Isto é importante para que se verifique até que ponto o legislador complementar, ao definir no artigo 43 do Código Tributário Nacional o conceito de renda e de proventos de qualquer natureza,²⁸² esteve em consonância com o que era e continua sendo requerido pelo texto constitucional para fins de incidência do Imposto de Renda.

Deveras, desde 1966 o artigo 43 do Código Tributário Nacional estatui significados para a expressão “renda e proventos de qualquer natureza”. Renda, segundo o legislador complementar, seria “*o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos*”, ao passo que proventos de qualquer natureza deveriam ser entendidos como “*os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior*”. Considerações sobre se foi adotada no Código Tributário Nacional a posição teórica da renda-produto ou da renda-acréscimo serão tecidas em etapa posterior. Neste momento, o que nos interessa é apontar que enquanto para renda foi adotado um conceito mais restrito, empregou-se uma redação lata para definir proventos de qualquer natureza, estes abrangendo quaisquer acréscimos patrimoniais não contidos na definição de renda. A questão que se traz a lume para exame é se tal definição para proventos de qualquer natureza é adequada *vis-à-vis* a vigente Constituição Federal de 1988, ou seja, se a definição exarada pelo legislador complementar

²⁸² Mencione-se que ao longo deste estudo fazemos menção a “legislador complementar” mesmo não sendo o Código Tributário Nacional formalmente uma lei complementar. Isto decorre do fato de que a lei que o embasou, a Lei nº 5.172/66, ter sido amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, após o advento da Constituição Federal de 1988, como lei materialmente complementar, passível, portanto, de albergar normas gerais de Direito Tributário.

teria sido plenamente receptada pelo atual texto constitucional, permitindo que o legislador ordinário faça incidir Imposto de Renda sobre todos e quaisquer acréscimos patrimoniais não abrangidos no conceito de renda, tais como os decorrentes de ganhos de capital, doações e demais ganhos esporádicos.

Empreendendo pesquisa acerca das acepções das palavras “renda” e “proventos”, Roberto Quiroga Mosquera chegou a interessantes constatações sobre a forma segundo a qual o legislador constitucional conduziu o tema. Primeiro observou que a Constituição Federal é dotada de grande imprecisão semântica no tocante ao termo “renda”, porquanto este foi utilizado, no singular ou no plural, por vinte e duas vezes, tendo sido identificados pelo autor pelo menos cinco macroconceitos diversos, nem todos contribuindo para um possível delineamento de um conceito constitucional de renda.²⁸³ Depois verificou o mencionado tributarista que o termo “proventos” possuiria duas acepções, seja de rendimentos da aposentadoria ou de valores recebidos pelos agentes públicos, neste último caso lhe parecendo também se tratar de recebimentos da aposentadoria.²⁸⁴

A despeito de reconhecer que historicamente o termo “proventos de qualquer natureza” foi adicionado à palavra “renda” para que não houvesse dúvidas quanto a serem tributáveis os valores pagos a funcionários públicos, especialmente em razão de aposentadoria, Ricardo Mariz de Oliveira entende não ser cabível, sob a égide da Constituição Federal de 1988, reduzir aquele termo tão somente a esses recebimentos. Isto porque a vigente Carta Constitucional já teria encontrado no Código Tributário Nacional, de 1966, uma definição mais ampla para “proventos de qualquer natureza” e, mesmo assim, novamente o empregou, explicitando em seu artigo 146 a necessidade de lei complementar para a definição dos fatos geradores de impostos.²⁸⁵ Sendo assim, não tendo sido o conceito de “proventos de qualquer natureza” tal como definido pelo Código Tributário Nacional afastado, à luz das pretéritas Constituições, pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de pretensa inconstitucionalidade, e sendo utilizado pela atual Constituição Federal, a qual inclusive faz menção indireta à observância do artigo 43 do

²⁸³ Estatui Roberto Quiroga Mosquera que o termo “renda” é tido na Constituição Federal como sinônimo de: (i) receitas tributárias e demais ingressos públicos; (ii) renda nacional, regional ou *per capita*; (iii) somatório de rendimentos; (iv) rendimento (produto) do trabalho; e (v) produto do capital.

²⁸⁴ In *Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, pp. 48-67.

²⁸⁵ *Op. Cit.* (nota 263), pp. 172-175.

Código Tributário Nacional, não haveria razão para excluir a teoria da renda-acréscimo da abrangência do Imposto de Renda.²⁸⁶

Advogando que o termo “proventos” não necessariamente se referiria a valores percebidos por funcionários públicos e aposentados, Luciano Amaro expõe que as Cartas Constitucionais utilizavam essa palavra tão somente no sentido de remuneração, proveito ou vantagem, cabendo a complementos como “dos agentes estaduais ou municipais” ou “de aposentadoria” a especificação do tipo de provento – entendido como remuneração, proveito ou vantagem – a que se estava referindo. Enxerga, assim, que quando se positivava o termo “proventos de qualquer natureza” não há razão para entender que necessariamente esteja-se tratando de tipos específicos de recebimentos.²⁸⁷

Trilhou mesmo caminho Gilberto de Ulhôa Canto et al., consignando que a expressão “proventos de qualquer natureza” é equívoca, pois apesar de comumente ser utilizada para designar importâncias relacionadas à prestação de serviço com vínculo empregatício, notadamente quando vinculada à idéia de pensões e de outros benefícios pagos a inativos, não teria sido este o sentido buscado pelo legislador constitucional. Lembra, inclusive, que a comissão especial que elaborou o projeto de reforma constitucional convertido, com alterações, na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, deliberou sobre a conveniência de adotar a expressão “ganhos de capital” em vez de “proventos de qualquer natureza”, em razão de supostos equívocos cometidos pela legislação ordinária à época vigente.²⁸⁸ No entanto, havia naquele momento um receio de que a supressão da expressão “proventos de qualquer natureza” pudesse ser entendida como uma redução do aspecto material da regra-matriz do Imposto de Renda, razão pela qual essa proposta de alteração constitucional não foi adiante.²⁸⁹

As mencionadas posições de Mariz de Oliveira, Ulhôa Canto e Amaro sobre o tema, com as quais concordamos, dão sustento, portanto, à definição de “proventos de qualquer natureza” disposta no Código Tributário Nacional. Neste diapasão, constata-se que há base

²⁸⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, *op. cit.* (nota 263), p. 175.

²⁸⁷ In “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, São Paulo: Resenha Tributária, 1986, pp. 402-408.

²⁸⁸ Cf. CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, São Paulo: Resenha Tributária, 1986, pp. 6-7.

²⁸⁹ Cf. AMARO, Luciano, *op. cit.* (nota 287), pp. 387-393.

jurídica para dar sustentação à afirmação de Rubens Gomes de Sousa de que para a comissão criadora do projeto que deu origem ao mencionado Código – do qual elaborou o anteprojeto –, a palavra “proventos” não seria indicativa de um tipo particular de ganhos não incluídos no conceito de renda.²⁹⁰ Sendo assim, à época da elaboração do Código Tributário Nacional, os estudiosos da matéria já tinham se debruçado sobre a matéria e chegado ao entendimento de que estaria dentro da competência impositiva da União a incidência de Imposto de Renda sobre quaisquer acréscimos patrimoniais.

Passemos então a verificar as exigências constitucionais trazidas no bojo do artigo 153 para a tributação da renda e de proventos de qualquer natureza. Apenas com o fito de simplificação, faremos menção ao termo “renda” como indicativo da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, muito embora tenhamos ciência de que os conceitos trazidos pelo legislador complementar para os termos “renda” e “proventos” sejam diversos, como será apresentado em momento posterior.

V.2.2. Conceitos e Grau de Vinculação dos Critérios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade

Nos termos do artigo 153, § 2º, da Constituição Federal, o Imposto de Renda “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”. Mediante a leitura desse excerto, pode-se entender que a Carta Magna apenas obriga que o Imposto de Renda seja inspirado nesses elementos, sem impor que necessariamente eles sejam verificados na legislação infraconstitucional editada. Por outro turno, há autores que consideram que tais critérios atuam como verdadeiros princípios a serem necessariamente seguidos quando do delineamento da regra-matriz do Imposto de Renda, bastando a inobservância de apenas um deles para estarmos diante de flagrante inconstitucionalidade.²⁹¹

Antes de examinarmos o grau de vinculação dos critérios da generalidade, universalidade e progressividade, mister se faz compulsarmos os seus respectivos conceitos.

²⁹⁰ *Op. Cit.* (nota 265), p. 71.

²⁹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Princípios Fundamentais do Imposto de Renda”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (orgs.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 213-216.

O critério da generalidade em matéria de Imposto de Renda significa alcançar o maior número de contribuintes com a exação, sem deixar determinados indivíduos ou grupos de pessoas alheios à tributação da renda.

Aponte-se que, divergindo do entendimento acima esposado, Ricardo Mariz de Oliveira entende que generalidade significa tratar todas as situações de uma mesma forma, contrapondo-se, assim, à seletividade.²⁹² Considera o mencionado tributarista que o Imposto de Renda deve tratar da mesma maneira toda e qualquer modalidade de renda, independentemente da fonte de que provém: acréscimos patrimoniais decorrentes do trabalho ou do capital deveriam receber tratamento tributário idêntico, sem distinções derivadas de quaisquer critérios discriminatórios,²⁹³ no que foi acompanhado por Paulo Ayres Barreto.²⁹⁴ A generalidade seria, assim, uma aproximação ao princípio da igualdade em matéria de Imposto de Renda.²⁹⁵

Adentremos na universalidade. Em nosso entender, a tributação é universal quando alcança a totalidade da renda do contribuinte, não sendo mandatório tratar todas as diferentes modalidades de ganhos e rendimentos da mesma maneira.

De outra forma, Ricardo Mariz de Oliveira preconiza que a universalidade em matéria de Imposto de Renda exigiria a observância da totalidade dos elementos positivos e negativos que compõem um determinado patrimônio, caracterizando o conjunto dos fatores que fazem com que o patrimônio seja aumentado ou diminuído num dado período de tempo fixado por lei.²⁹⁶ Portanto, segundo o aludido autor, o critério da universalidade implicaria que todas as mutações patrimoniais ocorridas ao longo de um período sejam consideradas. Neste sentido, considera que este critério também se aproximaria ao princípio da igualdade tributária, fazendo com que todos os acréscimos patrimoniais sejam observados para fins tributários.²⁹⁷

A diferença entre ambos os conceitos de universalidade supra-expostos é sutil, porém importante. Enquanto que o conceito de universalidade defendido por Mariz de Oliveira exigiria a formação de “uma renda” dentro de um lapso tempo, com a soma de todos os

²⁹² *Op. Cit.* (nota 291), pp. 213-214.

²⁹³ *Op. Cit.* (nota 263), pp. 253-254.

²⁹⁴ *Op. Cit.* (nota 268), p. 62.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), p. 255.

²⁹⁶ *Op. Cit.* (nota 291), p. 214.

²⁹⁷ *Op. Cit.* (nota 263), pp. 255-257.

elementos patrimoniais positivos e negativos para compô-la – o que, conciliado com seu conceito de generalidade, imporiria tributação uniforme sobre ela –, o nosso conceito de universalidade permitiria a formação de “várias rendas”, exigindo apenas que todas sejam tributadas, mas não necessariamente de maneira uniforme.

Já o critério da progressividade exige a imposição de alíquotas maiores quanto mais elevada for a base de cálculo do contribuinte. Em outros termos, a progressividade impõe que bases elevadas sejam mais oneradas em relação a bases menores não apenas de forma absoluta, mas também de forma relativa: numa sistemática progressiva, à medida que a sua base de cálculo aumenta, o contribuinte tem que pagar proporcionalmente mais imposto.

Nos dizeres de Edwin Seligman, um tributo é progressivo quando a relação matemática entre o montante de tributo exigido e a materialidade tributada varia de forma que, quando a materialidade tributada aumenta, o tributo imposto ao indivíduo irá continuamente representar uma maior fração de tal materialidade.²⁹⁸ À progressividade contrapõe-se a proporcionalidade, em que a relação entre tributo exigido e matéria tributável mantém-se sempre constante, e a regressividade, em que essa relação decai à medida que a base de cálculo a ser tributada aumenta.

Retomando a discussão sobre a compulsoriedade, ou não, de o legislador ordinário observar a generalidade, a universalidade e a progressividade relativamente à tributação da renda, de imediato deve-se salientar que ambas as posições, tal como observamos na doutrina já construída sobre o tema, possuem fundados argumentos. Se de um lado a defesa de que esses critérios constituem mera orientação ao legislador ordinário vem se apegando primordialmente ao fato de que foi utilizada a expressão “na forma da lei”, como que para conferir discricionariedade quando da formulação de textos legais relativos à tributação sobre a renda, a sustentação da posição contrária, de que são critérios impositivos, se apegando ao comando “será”, exarado pela Constituição Federal na expressão “será informado”, o que constituiria obstáculo ao legislador ordinário para quaisquer desvios na aplicação dos critérios. Neste caso, a expressão “na forma da lei” significaria que o legislador ordinário teria a discricionariedade de determinar de que forma a tributação seria geral, universal e progressiva, mas nunca de fugir de tais supostos comandos.

²⁹⁸ In *Progressive Taxation in Theory and Practice*. Charleston: BiblioBazaar, 2008, p. 3.

Com o fito de embasar o seu entendimento de que os três critérios são mandatórios, Ricardo Mariz de Oliveira faz uso de dois argumentos principais. O primeiro deles é que o legislador constitucional teria utilizado o verbo “dever” em vez de “poder” ao designar que o Imposto de Renda “deverá ser informado”²⁹⁹ pelos mencionados critérios. Em segundo lugar, para combater aqueles que afirmam que o preceito “na forma da lei” conferiria ampla liberdade ao legislador infraconstitucional, alega que em razão de os três critérios possuírem conteúdo genérico – levando-o a concluir que se trataria de verdadeiros princípios –, por óbvio a lei deveria especificá-los, o que não daria margem para que os deixasse de lado.³⁰⁰

Posicionamento semelhante já foi acolhido em acórdãos isolados prolatados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, quando da análise da constitucionalidade dos artigos 29 e 36 da Lei nº 8.541/92,³⁰¹ que dispunham sobre a não mais vigente incidência exclusiva e definitiva na fonte sobre ganhos e rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável detidas por pessoas

²⁹⁹ Reproduzimos *ipsis litteris* a expressão utilizada pelo autor, ressalvando, contudo, sem prejuízo a sua conclusão, que o texto constitucional utiliza a expressão “será informado” e não “deverá ser informado”.

³⁰⁰ *Op. Cit.* (nota 263), pp. 267.

³⁰¹ “Art. 29. Ficam sujeitas ao pagamento do imposto sobre a renda, à alíquota de 25%, as pessoas jurídicas, inclusive isentas, que auferirem ganhos líquidos em operações realizadas, a partir de 1º de janeiro de 1993, nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

§ 1º. Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.

[...]

§ 4º. O resultado decorrente das operações de que trata este artigo será apurado mensalmente, ressalvado o disposto no art. 28 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e terá o seguinte tratamento:

I - se positivo (ganho líquido), será tributado em separado, devendo ser excluído do lucro líquido para efeito de determinação do lucro real;

II - se negativo (perda líquida), será indedutível para efeito de determinação do lucro real, admitida sua compensação, corrigido monetariamente pela variação da Ufir diária, com os resultados positivos da mesma natureza em meses subseqüentes.

§ 5º. O imposto de que trata este artigo será:

I - definitivo, não podendo ser compensado com o imposto sobre a renda apurado com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - indedutível na apuração do lucro real;

III - convertido em quantidade de Ufir diária pelo valor desta no último dia do mês a que se referir;

IV - pago até o último dia útil do mês subseqüente ao da apuração, reconvertido para cruzeiros pelo valor da Ufir diária vigente no dia anterior ao do pagamento.

[...]

“Art. 36. Os rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas, inclusive isentas, em aplicações financeiras de renda fixa iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1993 serão tributadas, exclusivamente na fonte, na forma da legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei.

§ 1º. O valor que servir de base de cálculo do imposto de que trata este artigo será excluído do lucro líquido para efeito de determinação do lucro real.

[...]

§ 4º. O imposto retido na fonte lançado como despesa será indedutível na apuração do lucro real.

[...]

jurídicas. Nesse diapasão, veja-se trecho de voto do Desembargador Federal Nery Júnior na Apelação em Mandado de Segurança nº 159.110, julgada pela Terceira Turma em 13 de abril de 2005:

“É importante que se perceba que o comando constitucional é cogente: o IR será informado por aqueles critérios [generalidade, universalidade e progressividade], embora nos termos da lei. Qualquer disposição que o legislador lance mão, na utilização da competência tributária da União, deverá se conformar a aqueles critérios, pena de inconstitucionalidade.

[...] Repetimos: a lei pode estabelecer mecanismos diferentes de tributação para cada um desses elementos, isto é, regime de fonte, de antecipação tributária, etc. Porém, não se pode olvidá-los na determinação final do quantum a ser recolhido.”

A consequência desse entendimento acima exposto é que, conciliando-o com os conceitos defendidos por Mariz de Oliveira relativamente à generalidade e à universalidade, torna absolutamente incompatível com o ordenamento jurídico-tributário posto toda e qualquer incidência de Imposto de Renda exclusiva e definitiva na fonte, sobre fatos isolados.³⁰² Nessa esteira, inclusive citando o mencionado jurista, também está o voto condutor do Desembargador Federal Andrade Martins nos autos da Apelação em Mandado de Segurança 150.294, julgada em 24 de agosto de 1998 pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja matéria também era a constitucionalidade dos artigos 29 e 36 da Lei nº 8.541/92:

“Cabe ainda referir-me à inobservância do critério da progressividade. No dizer de Ricardo Mariz de Oliveira somente é possível aplicar-se o critério da progressividade aplicando-se também o critério da generalidade, isto é, abrangendo no fato gerador e em sua base de cálculo todas as rendas e proventos do período. Assim, distinguindo-se espécies de renda como o fez a Lei nº 8.541/92, acabou por acarretar a incidência de imposto de renda diretamente sobre a fonte geradora de receita em confronto com o preceptivo constitucional da generalidade, sem atender o critério da progressividade, segundo o qual o imposto será modulado em patamares, variando em função da maior ou menor quantidade de renda e provento auferido pelo sujeito passivo.

Fico com a impetrante quando afirma que o cálculo do imposto a uma alíquota de quantificação fixa sobre valores absolutos dissocia-se da possibilidade da gradação progressiva, tornando estanque e padronizada a incidência, quando o imposto de renda é tributo essencialmente não-seletivo.”³⁰³

³⁰² Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), p. 268.

³⁰³ É importante mencionar que no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região outro é o posicionamento que vem adquirindo maior guarida, sendo dignos de menção os seguintes acórdãos de relatoria da Desembargadora Federal Regina Helena Costa: Apelação Cível 96.03.014151-8/SP, de 18 de agosto de 2009; Apelação Cível 2001.03.99.047739-5/SP, de 18 de agosto de 2009. Não obstante concordemos com a conclusão alcançada em tais arestos, discordamos de algumas das premissas adotadas

Embora numa apressada leitura do texto constitucional a posição de que são de obrigatória observância os critérios da generalidade, universalidade e progressividade – independentemente do conceito a eles atribuído – se mostre coerente não apenas em razão de uma preliminar interpretação literal do artigo 153 da Constituição Federal, mas também em decorrência do dirigismo sócio-econômico buscado em 1988 quando da edição de uma Carta Constitucional que buscava *construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, I e III), não nos parece que tal entendimento deva prevalecer.

Para justificar esse nosso posicionamento, cumpre, num primeiro momento, examinar a semântica do verbo “informar”, a fim de verificarmos se se sustenta o argumento de que quando se afirma que algo *será informado* por determinado critério significa dizer que o referido critério deva *necessariamente* estar presente para que não seja violado o mandamento em comento.

Alguns dos mais renomados dicionários da língua portuguesa nos demonstram que o verbo “informar” deve ser entendido como *instruir, apoiar, confirmar, corroborar*, ao passo que “informado” teria como significado as palavras *esclarecido, instruído*.³⁰⁴ As definições existentes não nos trazem uma diretriz exata de se “informado” deve ser entendido no sentido de “orientado” ou de “vinculado”, haja vista que as palavras “esclarecido” e “instruído” podem plenamente ser, respectivamente, utilizadas para sustentar ambas as posições.

Ainda insertos numa interpretação literal do texto constitucional, não nos é muito esclarecedora a expressão “na forma da lei”, uma vez que esta pode ser utilizada tanto para sustentar uma total discricionariedade do legislador ordinário para adotar, ou não, os

pela Desembargadora Federal Regina Helena Costa em todos esses julgados, tais como que, conquanto os critérios da generalidade, universalidade e progressividade sejam de mandatória observância, estariam sendo respeitados *in caso* em razão de uma suposta observância da igualdade tributária e da tributação com base na capacidade contributiva: “*De outro lado, também não há ofensa aos critérios da generalidade, universalidade e progressividade, informadores do Imposto sobre a Renda, porquanto a exigência em tela observa os princípios da isonomia e da capacidade contributiva*”.

Sobre o tema, destaque-se, ainda, que no Superior Tribunal de Justiça, numa análise estritamente de cunho de legalidade, essa modalidade de tributação vem sendo reiteradamente avalizada: Recurso Especial 389.485, de 21 de fevereiro de 2002; Recurso Especial 476.499, de 06 de fevereiro de 2003; Recurso Especial 414.917, de 06 de junho de 2006.

³⁰⁴ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pp. 944-945; HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.615.

referidos critérios como para defender que a discricionariedade da lei está adstrita à regulamentação da forma como devem ser aplicados os referidos critérios, mas não à determinação de se eles serão utilizados. Desta forma, essencial se mostra buscarmos, na sistematicidade do ordenamento jurídico, justificativas para adotar uma ou outra posição.

Algumas justificativas poderiam ser encontradas na Constituição Federal como sustentáculo para defender a compulsoriedade de uma tributação progressiva que atinja indiscriminadamente todas as pessoas e que atinja todas as categorias de renda para fins de incidência do imposto. A tributação com base na capacidade contributiva como maneira de fazer com que todos destinem ao Estado parcela de suas riquezas em função de seu poderio econômico, colaborando assim para o cumprimento de objetivos sociais do Poder Público, seria uma dessas justificativas. Em que pese esse argumento, que possui força principalmente em face da existência de um “Estado do bem-estar social”, julgamos que numa análise aprofundada do sistema jurídico essa posição não se sustenta.

Ao longo da história brasileira concernente à tributação da renda, o legislador sempre utilizou esse imposto com objetivos extrafiscais, buscando, nas Constituições à época vigentes, justificativas para fazer com que o Imposto de Renda não alcançasse determinados itens de renda ou os alcançasse de forma mais branda, sem qualquer progressividade. Ou seja, embora desde os seus primórdios a intenção era a de que o Imposto de Renda fosse pago “*sobre o conjunto de líquido de rendimentos de qualquer origem*” (Lei nº 4.625/22), isenções e reduções tributárias acarretaram que no decorrer da história brasileira relativa a esse tributo fosse deixado de lado o mandamento da capacidade contributiva em prol de algum objetivo constitucionalmente posto.

Diante disso, entendendo-se que o Imposto de Renda deve sempre cumprir com os critérios da generalidade, universalidade e progressividade, chegar-se-á à inevitável conclusão de que o aludido imposto não poderia, desde a entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988, ter características extrafiscais que exigissem, para fins de incidência tributária, o afastamento de algum desses critérios. Com isto, a despeito de o artigo 3º da Constituição Federal também dispor que constitui *objetivo fundamental da República Federativa do Brasil* a garantia do desenvolvimento nacional, sendo a utilização do instrumento tributário para intervenção sobre o domínio econômico mecanismo hábil para tanto – o que será analisado no próximo capítulo –, estaria o legislador ordinário de mãos atadas para a condução da tributação da renda de acordo com o mencionado objetivo.

Este é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira, o qual, adotando o conceito de generalidade como sendo a imposição de tributação sem qualquer tipo de discriminação entre as modalidades de renda, conclui que jamais poderia o Imposto de Renda possuir caráter extrafiscal, não sendo instrumento hábil para a condução e atingimento de objetivos não-fiscais.³⁰⁵

Não obstante, posicionamento como este exigiria que anuíssemos com que o legislador constitucional de 1988 rompeu com a tradição de cerca de seis décadas de conferir características extrafiscais ao Imposto de Renda, implicitamente declarando, àquele momento, que a legislação ordinária então vigente não estaria sendo totalmente recepcionada à luz da vindoura Constituição Federal, porquanto apenas parcialmente atendia, cumulativamente, aos critérios da generalidade, universalidade e progressividade. No entanto, considerando que o Imposto de Renda é o tributo que mais amplamente permite ao Estado a intervenção na atividade macroeconômica como um todo, adotando políticas fiscais conforme os interesses extraídos da sociedade, a nosso ver tal posição carece de um poder justificativo mais sólido para se sustentar.

Deveras, interpretações literais sobre o texto constitucional não fazem com que se alcance peremptoriamente a conclusão de que os critérios informadores do Imposto de Renda são mandatórios, porquanto há mais de uma norma possível de ser construída a partir do artigo 153, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988. Já interpretações históricas e sistemáticas conduzem-nos à conclusão de que embora se deva buscar a observância desses critérios, outras razões poderiam existir para relevar a aplicação de tributação geral, universal e progressiva sobre a renda. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade de parcela substancial do ordenamento jurídico-tributário vigente em relação ao Imposto de Renda demanda justificação jurídica não solidificada apenas em indícios extraídos de uma das possíveis interpretações literais, mas de outros argumentos menos contestáveis.

Para levar adiante seu entendimento sobre a compulsoriedade dos três critérios informadores, Ricardo Mariz de Oliveira chega inclusive a permitir, dentro de sua teoria, algumas ressalvas à obrigatória observância deles para a tributação da renda. Este seria o caso da tributação dos rendimentos percebidos por não-residentes, em que não haveria a possibilidade de o Fisco apurar a universalidade para a imposição do Imposto de Renda

³⁰⁵ *Op. Cit.* (nota 263), p. 254.

sobre os contribuintes.³⁰⁶ Com a devida vênia, isto claramente nos parece querer dizer que para o autor os critérios não são necessariamente obrigatórios, havendo situações em que, diante de uma justificativa constitucionalmente aceitável, poder-se-ia deixar de lado um ou outro critério. Ora, se em face da praticabilidade da arrecadação tributária poder-se-ia não aplicar um critério informador da incidência do Imposto de Renda, não vemos o porquê de não se permitir semelhante afastamento de algum critério em razão de outros objetivos constitucionalmente justificados, como o desenvolvimento nacional.

Pelas razões expostas supra, é nosso entendimento que os critérios da generalidade, universalidade e progressividade não são de obrigatória observância pelo legislador ordinário.³⁰⁷ A despeito disso, não se pode dizer que há total discricionariedade para que um ou outro critério seja abandonado nos textos legais editados. Isto porque, quando da formulação das características fundamentais do Imposto de Renda, o legislador constituinte quis deixar cristalino que, como regra geral, a referida exação deverá ser geral, universal e progressiva, em consonância com os objetivos sociais buscados pelo Estado de Direito. Exclusivamente se em face da Constituição Federal existir algum importante objetivo a ser alcançado poderá o legislador ordinário, se preciso for, relativizar os critérios da generalidade, universalidade e progressividade.

Percorrendo outro caminho, mas sem que por isso pareça atingir conclusão diversa, interessantes são as considerações de Luís Eduardo Schoueri sobre o tema, ao comentar especificamente a tributação progressiva em matéria de Imposto de Renda. Tratando o critério da progressividade como sendo princípio, leciona o jurista que este, como todo princípio, não possui aplicação absoluta: em razão de seu caráter principiológico, entende que a progressividade deve ser ponderada com outros princípios, ressaltando que qualquer desvio de tal critério deve ser justificado por outros valores igualmente relevantes do ordenamento.³⁰⁸

Portanto, tanto entendendo o mandamento disposto no artigo 153, § 2º, I, da Constituição Federal como mera orientação ou recomendação de caráter não-mandatário –

³⁰⁶ *Op. Cit.* (nota 263), p. 271.

³⁰⁷ Noutro sentido já se posicionou Roberto Quiroga Mosquera sobre o tema, asseverando que o legislador constitucional exigiria do legislador ordinário, na disciplina do Imposto de Renda, a imposição de tributação geral e não seletiva, alcançando a todos sem qualquer diferenciação entre as espécies de renda, e que tal tributação fosse progressiva, com a alíquota do imposto sendo majorada em função do aumento da renda. (*Op. Cit.* (nota 14), p. 170)

³⁰⁸ *Op. Cit.* (nota 138), pp. 355-356.

mas sem que se tenha a faculdade de relegá-lo ausente justa motivação – como o compreendendo como norma que comporta os princípios denominados “generalidade”, “universalidade” e “progressividade”, alcança-se a mesma conclusão: existindo outros mandamentos portadores de importantes objetivos constitucionalmente resguardados que com ele conflitem, poderá o intérprete e aplicador do Direito Tributário, num exame caso a caso, relativizar os critérios da incidência do Imposto de Renda de forma geral, universal e progressiva.

Isto posto, resta ainda examinar se haveria a necessidade, perante a Constituição Federal, de que o Imposto de Renda incida apenas sobre a “renda líquida”, ou se a “renda bruta” dos indivíduos, sem a dedução de despesas necessárias ao seu auferimento, seria suficiente para embasar a incidência dessa exação.

V.2.3. A Exigência da Renda Líquida

A discussão sobre a exigência da renda líquida para fins de incidência do Imposto de Renda envolve, em nosso entender, o exame da própria delimitação constitucional do poder de tributar renda (e proventos de qualquer natureza). A análise que se coloca nesta seara é se a competência atribuída pela Constituição Federal para que a União exija imposto sobre a materialidade denominada “renda” permite que se considere, para efeito de incidência tributária, um numerário bruto, sem a dedução das despesas incorridas para a sua formação (“renda bruta”), ou exigiria, necessariamente, o cômputo dos gastos incorridos pelo contribuinte (“renda líquida”), sempre que possível.

A despeito de existirem concepções e teorias diversas sobre o que renda poderia significar, julgamos que não se pode negar existir uma acepção semântica mínima para o termo em questão, a qual já se poderia extrair do próprio texto constitucional. Há, na Carta Constitucional, um implícito conceito mínimo de renda que dificilmente conviveria com incidências tributárias sobre a renda bruta dos indivíduos, isto é, sobre numerário auferido sem que seja permitida a dedução das respectivas despesas necessárias a sua obtenção. Afinal, a materialidade que se descreve no artigo 153, III, da Constituição Federal é renda, não receita. Sendo assim, coadunamos da opinião de Roque Carrazza quando assevera que o legislador deve respeitar a regra-matriz constitucional do Imposto de Renda em sua

completude, o que incluiria a observância de conteúdos semânticos mínimos de renda e de proventos de qualquer natureza.³⁰⁹

É neste contexto que assevera José Artur Lima Gonçalves que a própria Constituição fornecerá, mesmo que de forma implícita, porém haurível de sua sistematicidade, o pressuposto conteúdo do conceito de renda.³¹⁰ Neste diapasão, para Humberto Ávila, conquanto o conceito de renda não tenha sido expressamente instituído pela Constituição de 1988, ele decorre de uma conexão entre direitos fundamentais, princípios fundamentais e gerais e regras de competência.³¹¹ Expressa Fernando Zilveti que haveria limites constitucionais mínimos e máximos para se verificar a renda passível de ser tributada, determinados pela capacidade contributiva e pelo mínimo existencial.³¹²

A renda líquida é intrínseca à tributação conforme a capacidade contributiva.³¹³ Embora àquela época não se referisse expressamente à renda, mas ao produto decorrente da exploração de propriedades rurais, Edwin Seligman apontava já na primeira edição de uma de suas clássicas obras, datada do século XIX, que tomar o produto líquido e não o bruto para fins de tributação marca um importante passo em direção à evolução da idéia de capacidade contributiva.³¹⁴ Ao se tributar com base na renda bruta, estar-se-á desconsiderando a efetiva riqueza passível de ser alcançada por um imposto que detém a renda como sua materialidade. Não obstante, mais que mero mandamento de otimização ditado pela tributação com base na capacidade contributiva, a incidência do imposto apenas sobre a renda líquida é exigida primordialmente pela regra constitucional de competência que autoriza que se tribute, pelo Imposto de Renda, tão somente o que for tido por renda.

Com efeito, renda não se confunde com receita, pressupondo um produto, uma soma algébrica entre elementos positivos e negativos. Desta forma, é ditada pela Constituição Federal a necessidade de tributação da renda líquida, e não da aqui denominada renda bruta – que, numa linguagem mais escorreita, nem a renda corresponderia.

³⁰⁹ In *Imposto sobre a Renda: Perfil Constitucional e Temas Específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 33-34.

³¹⁰ *Op. Cit.* (nota 249), pp. 170-174.

³¹¹ In *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 373.

³¹² In “O Princípio da Realização da Renda”, in Luís Eduardo Schoueri (org.), *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 298-328.

³¹³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), p. 433.

³¹⁴ *Op. Cit.* (nota 126), p. 17.

Destarte, em atendimento à exigência da renda líquida, para a constatação de renda tributável devem-se subtrair os custos e despesas que fizeram com que ganho ou rendimento fosse auferido. Exige-se, pois, que de todos os proventos auferidos por uma pessoa sejam abatidos os gastos inerentes a sua produção. A necessidade de manutenção da fonte produtora de renda implica dispêndios que não podem ser desconsiderados para a incidência do Imposto de Renda.

Surge então a questão sobre se a necessidade de se tributar renda líquida reduziria a teoria da renda-produto à teoria da renda-acréscimo, ou seja, se a apuração de uma renda líquida necessariamente dar-se-ia mediante o cômputo de receitas e despesas dentro de um determinado período de tempo. Entendemos que não. Para que se verifique a renda líquida do contribuinte não é necessária a observância do resultado de todas as operações por ele desempenhadas num lapso temporal, mas apenas do real produto de uma determinada atividade econômica desenvolvida. Explicamos de maneira exemplificativa. No caso de uma pessoa que aliena ações mensalmente, o conceito de renda líquida exigiria que fossem deduzidas, dos valores recebidos, despesas relacionadas a tais proventos, como, por exemplo, gastos com corretagem e emolumentos. O fato de a tributação ocorrer analiticamente no momento da alienação de cada uma das ações ou sinteticamente após certo interregno – nesta situação talvez até mesmo considerando outros rendimentos e despesas para o cálculo do imposto – diz respeito à adoção pelo legislador da teoria da renda-produto ou da renda-acréscimo, respectivamente, o que não impede que ambas as teorias convivam harmonicamente com a tributação apenas com base na renda líquida.

Em certas circunstâncias, torna-se difícil aferir a renda líquida do contribuinte, como lembra Gilberto de Ulhôa Canto quando discute a incidência do Imposto de Renda sobre os antigos rendimentos de detentores de títulos ao portador e sobre ganhos ou rendimentos de não-residentes.³¹⁵ Trata-se, no entanto, de situação excepcional, em que se mostra praticável basear-se apenas numa mera presunção de renda de tais pessoas, sujeitando-a à incidência de imposto. A ausência de tributação com base na renda líquida, tomando como parâmetro a renda bruta de uma pessoa, não pode, todavia, ser generalizada para todos os seus recebimentos. Deve existir justificção constitucional aceitável para a imposição de obrigação tributária relativa ao Imposto de Renda sobre algo que não se possa efetivamente considerar como sendo renda, mas mera receita.

³¹⁵ *Op. Cit.* (nota 288), pp. 11-12.

V.3. Conceito de Renda na Legislação Complementar

V.3.1. *Artigo 43 do Código Tributário Nacional e as Teorias da Renda-Produto e da Renda-Acréscimo: Possíveis Interpretações*

Estatui o artigo 146 da Constituição Federal que cabe à lei complementar definir o fato gerador dos impostos, dentre os quais se inclui o Imposto de Renda, previsto no artigo 153, III, do texto constitucional. Editado como lei ordinária em 1966, numa época em que não existia a figura da lei complementar, o Código Tributário Nacional foi reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, depois do advento da Carta Constitucional de 1988, como uma lei formalmente ordinária, mas com status material de lei complementar, o que lhe permite disciplinar a materialidade sobre a qual recai o Imposto de Renda.

Preceitua o artigo 43 do Código Tributário Nacional que o Imposto de Renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de *renda* e de *proventos de qualquer natureza*. Antes de tecermos considerações sobre o que a expressão “disponibilidade econômica ou jurídica” significa ou deveria significar, cumpre analisarmos as definições trazidas pelo legislador complementar para “renda” e para “proventos de qualquer natureza”. Isto porque são tais definições que circunscrevem as possibilidades sobre as quais poderá recair o Imposto de Renda, permitindo que desvendemos, ou ao menos tentemos desvendar, qual o embasamento teórico esposado no Código, se a teoria da renda-produto ou a teoria da renda-acréscimo.

Vejamos, então, o teor dos incisos I e II do artigo 43 do Código Tributário Nacional:

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

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

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

(destacamos)

O artigo 43 do Código Tributário Nacional define renda como o *produto* do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ao passo que apresenta proventos de qualquer natureza como sendo *demais acréscimos patrimoniais* não compreendidos no conceito de renda. Denota José Luiz Bulhões Pedreira que essa definição de renda contida no artigo 43

do Código já era clássica, no sentido de já constar da legislação do Imposto de Renda vigente.³¹⁶⁻³¹⁷

A primeira leitura que geralmente se faz do referido dispositivo é que o legislador nacional teria inicialmente cogitado adotar, quando da definição do conceito de “renda”, a teoria da renda-produto, porém, ao definir “proventos de qualquer natureza” como *demais acréscimos patrimoniais* não compreendidos no conceito de renda, teria reduzido a definição de “renda” também a incrementos de patrimônio mensuráveis mediante a análise dos eventos ocorridos num lapso temporal (teoria da renda-acrécimo). Para tal corrente, quando o inciso I faz menção ao termo “produto”, não estaria se referindo à teoria da renda-produto, mas simplesmente ao resultado líquido das operações desenvolvidas pelo contribuinte relativamente ao emprego de seu capital ou ao desempenho de seu labor.

Em consonância com o alhures demonstrado, essa leitura de renda como acréscimo patrimonial é a que parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência nacional costuma fazer sobre o referido dispositivo. Esta é, por exemplo, a interpretação conferida por Ricardo Mariz de Oliveira ao artigo 43 do Código Tributário Nacional, para quem quando o seu inciso II estatui que proventos são os demais acréscimos não referidos no inciso I (*i.e.*, os provenientes do capital, do trabalho ou da combinação de ambos), expressamente clarifica que tanto renda como proventos traduzem fatores de acréscimo patrimonial.³¹⁸

Neste diapasão, retomando a discussão teórica sobre o conceito jurídico de renda a que os juízes devem se ater, é de se mencionar que a tendência do Judiciário brasileiro vem há longas décadas se consolidando, ao menos em tese, no sentido de tratar renda nos termos da teoria da renda-acrécimo, e não da teoria da renda-produto a que se refere Holmes quando da análise de antigas decisões estrangeiras.³¹⁹ Cite-se, nessa esteira, antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, julgado em 1978, em que o então Ministro Cunha Peixoto, analisando o artigo 43 do Código Tributário Nacional, afirma que “*por mais*

³¹⁶ Decreto-Lei nº 5.844/43:

“Art. 10. Constituem rendimento bruto, em cada cédula, os ganhos derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e demais proventos previstos neste decreto-lei.”

³¹⁷ *Op. Cit.* (nota 261), pp. 175-176.

³¹⁸ *Op. Cit.* (nota 263), p. 41.

³¹⁹ Cf. HOLMES, Kevin, *op. cit.* (nota 78), pp. 164-166.

*variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo do patrimônio”.*³²⁰

Verificou-se, ao longo dos tempos, seja no Brasil ou em qualquer outra parte do globo, grande dificuldade de se transportarem para o Direito Tributário os conceitos de renda desenvolvidos pelos economistas. Em decorrência disso, como bem anota Gilberto de Ulhôa Canto, a legislação brasileira do Imposto de Renda foi reiteradamente demonstrando a tendência de não se vincular a teorias econômicas para fins de determinação da incidência tributária cabível.³²¹ Talvez esta seja justamente a razão pela qual juristas tendem a considerar renda como sendo acréscimo patrimonial medido entre dois momentos no tempo, pregando que o Imposto de Renda apenas poderá incidir se o patrimônio como um todo incrementar.

Deveras, o procedimento mais recomendado para mensurar a renda de dado contribuinte sob o espectro tributário, projetando da maneira mais ampla possível o critério da universalidade e atendendo plenamente ao mandamento da capacidade contributiva, seria por meio da verificação de se, ao término de um lapso temporal, houve acréscimo de patrimônio. Esta, contudo, não é a única maneira para apurar renda, não sendo nem mesmo isenta de críticas, porquanto comportaria o entendimento de que pessoa que recebe vultosos montantes e utiliza-os integralmente no decorrer do ano para o consumo, não sendo verificado qualquer acréscimo patrimonial, medido entre dois momentos, não teria auferido renda.³²²

Não se olvida que seguindo a teoria da renda-produto, conciliada com o conceito de renda líquida, possa-se tributar renda efetiva do contribuinte. Destarte, antes de concluirmos que apenas acréscimos patrimoniais mensurados num espaço de tempo podem ser submetidos à incidência de Imposto de Renda, preferimos mais uma vez buscar interpretação que tenha o condão de conciliar o Código Tributário Nacional não apenas com a tendência histórica de utilização do Imposto de Renda como forma de se alcançar objetivos extrafiscais em termos de desenvolvimento econômico, mas também com a necessidade de que, em determinadas circunstâncias, mostre-se possível a tributação por essa exação.

³²⁰ Recurso Extraordinário 89.791-7.

³²¹ *Op. Cit.* (nota 6), pp. 34-35.

³²² Isto pressupõe, por óbvio, que todo o consumo seja considerado dedutível.

A regra geral é renda como incremento de patrimônio. O artigo 43 do Código Tributário Nacional forneceu indícios de sua predileção pela incidência de Imposto de Renda apenas sobre acréscimos patrimoniais, à medida que deixou subentendido que também no conceito de renda estariam contidos fenômenos que apontam para uma elevação no conjunto líquido de direitos e obrigações de uma determinada pessoa. Todavia, o legislador complementar reservou, propositadamente ou não, margem interpretativa para que haja incidência individualizada sobre ganhos e rendimentos (líquidos), independentemente da existência de acréscimo patrimonial global. Não há clareza meridiana de que apenas incrementos de patrimônio devem ser tributados, inobstante a dicção do inciso II do referido artigo.

Sendo possível a tributação analítica, sobre itens de ganhos e rendimentos, esta deve ser vista como uma exceção à regra da tributação sintética. Seria autorizada apenas quando não fosse possível a tributação do efetivo incremento patrimonial de uma pessoa (*e.g.*, tributação sobre não-residentes) ou quando algum interesse constitucionalmente assegurado permitisse a tributação individualizada dos proventos percebidos, segregando-se os tipos de renda em categorias sujeitas a incidências tributárias distintas, independentemente de, no agregado, ter havido aumento de dado patrimônio.

Conquanto pareça possuir posição mais arrojada, não tratando a tributação sem acréscimo patrimonial de maneira excepcional, Luís Eduardo Schoueri demonstra que o artigo 43 do Código Tributário Nacional explicita que existe uma zona de intersecção que compreende os casos de renda-produto que implicam acréscimo patrimonial – eis a razão da expressão “demais acréscimos patrimoniais” –, mas nem por isso afasta a possibilidade de, nos termos do inciso I, incidir Imposto de Renda sem que haja, necessariamente, incremento de patrimônio medido entre dois momentos.³²³

A despeito de percorrer caminho diverso do nosso, Gilberto de Ulhôa Canto também conclui que apenas em alguns casos seria possível a tributação que não tenha o condão de verificar o efetivo acréscimo patrimonial ocorrido, fornecendo como exemplo disto a tributação na fonte sobre rendimentos auferidos por beneficiário residente ou domiciliado no exterior. Entretanto, a regularidade do procedimento não estaria, para o jurista, em que

³²³ In “O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica”, in Roberto Quiroga Mosquera; Alexsandro Broedel Lopes (orgs.), *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, São Paulo: Dialética, 2010, pp. 246-248.

o Código Tributário Nacional autorizaria em certas hipóteses a tributação com base na teoria da renda-produto, mas no fato de que, como a autoridade tributária brasileira não poderia compelir o não-residente a exteriorizar todos os elementos que conduziriam à apuração de seu acréscimo patrimonial efetivo, estaria ela autorizada a arbitrar a base de cálculo nos termos do artigo 148 do Código.³²⁴

Ressalvados posicionamentos dissonantes, a nossa conclusão é de que o legislador complementar autoriza que o Imposto de Renda incida sobre ganhos ou rendimentos de forma individualizada, mas exige que haja uma justificativa para tanto. Não se poderia sem qualquer motivo constitucionalmente válido deixar de se tributar tão somente acréscimos patrimoniais ocorridos ao longo do tempo.

Nessa esteira, entendemos ser um direito constitucionalmente assegurado ao contribuinte a compensação de prejuízos computados em períodos anteriores. Tanto em atendimento ao mandamento da renda líquida, como pela regra geral de que o imposto deve obedecer ao preceito de que, salvo exceções autorizadas pela Constituição Federal, no espectro jurídico renda deve ser entendida como incrementos no patrimônio, o Imposto de Renda não poderia ignorar os decréscimos patrimoniais outrora incorridos para que se chegasse ao resultado positivo corrente.³²⁵ Coaduna dessa nossa opinião Misabel Derzi, afirmando que o prejuízo é mera perda de patrimônio, contrapondo-se, portanto, ao conceito de renda. A mencionada jurista chega inclusive a afirmar que se a União resolve cobrar imposto sobre lucro sem permitir a compensação de prejuízos pretéritos estaria instituindo imposto sobre patrimônio, e não sobre a renda, sendo necessária lei complementar para tanto (competência residual).³²⁶

³²⁴ *Op. Cit.* (nota 288), pp. 11-12.

³²⁵ Nessa esteira, cf. ÁVILA, Humberto, *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 39-72; BARRETO, Paulo Ayres, *op. cit.* (nota 268), pp. 93-94. De outra forma, Ricardo Mariz de Oliveira, afirmando que após a lei ter estabelecido os períodos-base não seria necessário que ela aguardasse o término do empreendimento para comparar o patrimônio inicial e o final, nega a existência de um direito à compensação constitucionalmente assegurado ao contribuinte (*Op. Cit.* (nota 291), p. 219).

³²⁶ In “Princípio de Cautela ou Não Paridade de Tratamento entre o Lucro e o Prejuízo”, in Maria Augusta Machado de Carvalho (org.), *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ullhôa Canto*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 258.

V.3.2. Críticas ao Dito “Conceito Legal”

Em contraposição às teorias da renda-produto e da renda-acrécimo, há quem alegue existir um *tertium genus* de conceito de renda para fins tributários, o denominado “conceito legal”. Segundo essa posição, não existiria um teor semântico mínimo para o vocábulo renda, sendo renda qualquer materialidade que a lei definir como tal. Bastaria, então, haver a positivação de que algo é renda que as autoridades competentes poderiam livremente exercer, nos termos do texto positivado, seu poder tributante relativamente ao Imposto de Renda.

Essa tese do conceito legal foi muito comentada – e criticada – depois de sua adoção por ministros do Supremo Tribunal Federal em votos proferidos no Recurso Extraordinário nº 201.465, julgado em 02 de maio de 2002, o qual tratava dos efeitos do Imposto de Renda no tocante à outrora vigente sistemática de correção monetária de demonstrações financeiras. No referido acórdão, o então Ministro Nelson Jobim asseverou que “*O conceito de RENDA, para efeitos tributários, é o legal*”, tendo sido acompanhado em sua posição pela Ministra Ellen Gracie, cujo voto se resumia aos seguintes dizeres: “*Sr. Presidente, no mérito, acompanho integralmente o eminente Ministro Nelson Jobim, fixando-me no fato de que renda é aquilo que a lei define como tal*”.

Nessa esteira, é de se mencionar haver quem alegue que o autor do anteprojeto do Código Tributário Nacional era adepto da frágil teoria de que renda é qualquer materialidade que a lei definir como tal³²⁷, mesmo tendo Rubens Gomes de Sousa veementemente sustentado que renda, na acepção fiscal do termo, corresponderia à “*soma algébrica de todos os rendimentos tributáveis e de todas as despesas dedutíveis, respectivamente realizados e incorridas no espaço de tempo fixado pela lei para sua apuração periódica (o “ano base”)*”, constituindo assim o “*acrécimo patrimonial líquido verificado entre duas datas predeterminadas*”.³²⁸

³²⁷ Cf. BELSUNCE, Horacio A. García. *El Concepto de Rédito en la Doctrina y en el Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967, pp. 186-188; GONÇALVES, José Artur Lima, *op. cit.* (nota 249), pp. 194-196; ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 228; MACHADO, Hugo de Brito. “A Supremacia Constitucional e o Imposto de Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 44.

³²⁸ *Op. Cit.* (nota 265), pp. 66-67.

Fato é que Rubens Gomes de Sousa, em 1951, publicou artigo originalmente em francês, posteriormente publicado em português com algumas adaptações, em 1970, em que afirmava que “*não seria, portanto, exagerado ampliar a definição para dizer que o imposto de renda é aquele que incide sobre o que a lei define como renda*”. Contudo, deve ser ponderado que o autor buscava com o seu estudo tecer crítica velada a que a legislação fiscal pouco se preocupava com a cientificidade do conceito de renda, mas apenas com noções empíricas voltadas à arrecadação. Não há como negar, todavia, que o autor acabou por vacilar em seu raciocínio quando expressou que sendo o Direito positivado de obrigatória observância, “*o jurista se encontra impotente perante o legislador*”, não competindo àquele “*racionalizar a ordem contida na lei, mas cumpri-la*”, restando “*esperar que o legislador tenha buscado suas idéias nas melhores fontes, e baseado suas idéias nas melhores fontes*”.³²⁹

Não obstante, note-se que as considerações inicialmente tecidas pelo mencionado jurista, em 1951, não podem nos levar a categoricamente afirmar que ele chegou a defender o dito conceito legal de renda. Demonstrou-se certa passividade em função de abusos passíveis de serem cometidos pelo legislador, com o entendimento de que caberia ao aplicador do Direito seguir aquilo que for estipulado em lei como sendo renda, mas não chegou o autor a estatuir que um conceito puro de renda possa se traduzir em tudo que o legislador prever como tal. Em nenhum momento abandona a sua cientificidade. Tanto o é que, em novas considerações expressadas ao final do seu estudo, na tradução ao português publicada em 1970, Rubens Gomes de Sousa reconhece que a conclusão que outrora alcançou era “*por demais tímida*”, passando a reivindicar “*para o jurista u’a maior responsabilidade no aperfeiçoamento da lei através da sua aplicação*”, sem, todavia, “repudiar” o autor o estudo inicialmente elaborado, apenas “temperando-o”.³³⁰⁻³³¹

Do exposto extrai-se que a menção a um suposto conceito legalista de renda efetuada por Gomes de Sousa é diferente do conceito legalista preconizado por Jobim. Ao passo que o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal inseriu o conceito legalista num cenário em que ele seria válido independentemente do objeto escolhido pelo legislador para a incidência do Imposto de Renda, não nos parece ter sido este o caminho adotado por

³²⁹ *Op. Cit.* (nota 7), pp. 339-345.

³³⁰ Os verbos “repudiar” e “temperar” encontram-se entre aspas porque constam do estudo de Rubens Gomes de Sousa.

³³¹ *Op. Cit.* (nota 7), pp. 345-346.

Gomes de Sousa, em que pesem os comentários em sentido diverso de autores como Belsunce. Do mesmo modo, a despeito de Horacio Belsunce colocar Jarach e Fonrouge como adeptos da mesma teoria legalista que Gomes de Sousa teria se utilizado, não chega a demonstrar que para esses juristas renda seria necessariamente tudo que o legislador classificar como tal: o positivismo arraigado que observou nos autores não desconsidera a obrigação de que o legislador tome como renda um objeto que, de acordo com alguma das acepções possíveis para a palavra, possa ser assim considerado.³³²

Percorrendo com destreza as abalizadas doutrinas de Bandeira de Mello, Carrazza, Ataliba e Bulhões Pedreira, entre outros, conclui Roberto Quiroga Mosquera que ao legislador ordinário cabe apenas o esclarecimento do significado da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, não podendo desprezar, no entanto, o conteúdo semântico mínimo que a Constituição Federal lhe atribuiu. E é em razão disso que o autor tece merecidas críticas acerca do dito “conceito legal de renda”.³³³ Nessa mesma linha se posicionou em 14 de junho de 1972, três décadas antes do indigitado posicionamento de Jobim, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Oswaldo Trigueiro, em cujo voto contido nos autos do Recurso Extraordinário nº 71.758 expressou entendimento de que “*a lei pode, casuisticamente, dizer o que é ou o que não é renda tributável*”, não podendo, contudo, “*ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis*”.

Visto que nem tudo que o legislador desejar pode ser considerado renda, estando a lei ordinária adstrita aos limites impostos pelo legislador complementar, importante se mostra neste momento discorrermos a respeito do requisito de disponibilidade disposto no *caput* do artigo 43 do Código Tributário Nacional como condição *sine qua non* para que haja a incidência de Imposto de Renda.

V.3.3. Disponibilidade Econômica e Disponibilidade Jurídica

Com o fito de tecermos comentários sobre o conteúdo exarado pelas expressões “disponibilidade econômica” e “disponibilidade jurídica”, confira-se novamente o teor do artigo 43 do Código Tributário Nacional:

³³² *Op. Cit.* (nota 327), pp. 189-194.

³³³ *Op. Cit.* (nota 284), pp. 40-46.

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

I - de renda [...];

II - de proventos de qualquer natureza [...]”

(destacamos)

Preconiza o referido preceito normativo que o Imposto de Renda tem como hipótese de incidência a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre renda ou sobre proventos de qualquer natureza. Renda ou proventos são, em regra, os acréscimos patrimoniais de todo gênero obtidos por pessoa física ou jurídica, comumente decorrentes de determinada atividade econômica realizada, correspondendo ao aumento dos direitos de uma pessoa em detrimento de suas obrigações. Não obstante, reitere-se que há situações em que, de forma excepcional, poderá o legislador se utilizar da teoria da renda-produto para fins de incidência do Imposto de Renda, fazendo com que o imposto incida independentemente de ter sido gerado um acréscimo global de patrimônio decorrente do incremento dos ativos ou da diminuição dos passivos.

Para existir renda (ou provento) passível de ser submetido à exação, exige-se haver disponibilidade econômica ou jurídica sobre a riqueza nova. E mais: exige-se que essa disponibilidade tenha sido *adquirida* pelo beneficiário da renda. Aliás, nesta seara o mais correto é dizer que não apenas para poder ser tributada a renda deve estar disponível econômica ou juridicamente, mas também para que renda exista. Com efeito, o conceito de renda já pressupõe o poder de dispor dela, caso contrário renda não existirá; na melhor das hipóteses, haverá mera expectativa de renda, potencialidade de aquisição de direito à renda, mas nunca renda efetiva. Mostra-se coerente então interpretar o mencionado dispositivo de maneira que, ao expor que o Imposto de Renda tem como fato gerador a “*aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica*”, o artigo 43 do Código Tributário Nacional estaria a afastar outros critérios teoricamente possíveis para a tributação da renda, como o da renda consumida (ou empregada), para se ater ao critério da renda adquirida.³³⁴

Há muitas correntes doutrinárias que buscaram, notadamente no decorrer do século passado, discorrer sobre o que seria o poder de dispor econômica ou juridicamente de renda ou proventos de qualquer natureza. Cada uma dessas correntes utiliza uma gama de métodos para se interpretar o texto do artigo 43 do Código Tributário Nacional, com vistas

³³⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), p. 287.

a dele extrair uma norma. Já dizia Hans Kelsen que não há métodos hermenêuticos certos ou errados, tampouco interpretações corretas ou incorretas. Sabiamente asseverou o jurista austríaco que o resultado da interpretação é a fixação de uma moldura que representa o Direito a interpretar, identificando as diversas possibilidades que essa moldura traz e escolhendo uma das normas individuais possíveis.³³⁵ Veremos que muitas das interpretações já desenvolvidas sobre o conceito de disponibilidade econômica e jurídica mostram-se minimamente possíveis, enquadráveis, portanto, numa moldura kelseniana.

Brandão Machado nos sintetiza algumas das diversas correntes doutrinárias existentes, em estudo que é referência sobre o assunto:

*“Para Henry Tilbery, disponibilidade econômica é o dinheiro recebido ou os valores suscetíveis de avaliação em dinheiro recebidos pelo contribuinte. Assim também conceituam essa disponibilidade Gilberto Ulhoa Canto [sic], Antonio Carlo Garcia de Souza e Ian de Porto Alegre Muniz, Antônio Manoel González, Hugo de Brito Machado. Outros autores têm concepção diferente. Para José Eduardo Soares de Mello a aquisição da disponibilidade econômica da renda concerne à renda ou proventos obtidos não juridicamente (dívida de jogo, contrabando, etc.), ao passo que a aquisição da disponibilidade jurídica é a que resulta de negócios jurídicos do contribuinte. Ricardo Mariz de Oliveira tem concepção semelhante, [...]”*³³⁶

Diferentemente das posições contidas no trecho acima colacionado, Brandão Machado defendeu que em razão de os acréscimos patrimoniais a que o Código Tributário Nacional se refere serem sempre de direitos, sejam estes reais ou pessoais, a disponibilidade sobre eles haveria sempre que ser jurídica. A expressão “disponibilidade econômica”, sustenta o autor, seria uma excrescência advinda das fontes germânicas pesquisadas por Gomes de Sousa – que defenderiam a prevalência do econômico sobre o jurídico na interpretação da matéria tributária – quando da elaboração do anteprojeto do Código,³³⁷ no que foi seguido por outros autores.³³⁸

Apesar de essa posição de Brandão Machado ser plenamente plausível, não nos conforta no momento em que nos obriga a reconhecer que o legislador teria utilizado uma expressão descipienda, que não tem qualquer utilidade dentro do nosso ordenamento jurídico, porquanto deve ser vista com inúmeras ressalvas e restrições a possibilidade de interpretar economicamente as leis tributárias. Talvez aqui o melhor caminho seja ir à

³³⁵ In *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 300-303.

³³⁶ In “Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 121.

³³⁷ *Op. Cit.* (nota 336), pp. 115-116.

³³⁸ Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 312), pp. 311-312.

busca da *mens legis* contida no Código Tributário Nacional, e não de sua *mens legislatoris*, traduzida na vontade do legislador quando redigiu o texto legal.

Como consequência lógica do estudo de Brandão Machado, e aqui voltando-nos aos diversos entendimentos supracitados, verifica-se a existência de juristas que defendem que disponibilidade jurídica seria aquela obtida por meio de atividades lícitas e que disponibilidade econômica proviria de atividades não autorizadas pelo ordenamento jurídico, mas que não ilidem o fato gerador do Imposto de Renda, qual seja, a obtenção de renda, seja de origem lícita ou ilícita. Nessa esteira, disponibilidade econômica, segundo Ricardo Mariz de Oliveira, seria a posse de moeda quando a origem dela não seja regida pelo Direito, pois, nestes casos – como, por exemplo, em ganhos oriundos de jogos de azar ou da exploração da prostituição –, não seria possível falar em aquisição de disponibilidade jurídica, uma vez que o ordenamento jurídico não asseguraria a possibilidade de cobrança de tais numerários. Nestes casos, o acréscimo patrimonial emergiria de situações de fato, não jurídicas.³³⁹

Os estudos de Mariz de Oliveira detêm o mérito de criar racionalidade à expressão “disponibilidade econômica” de forma a não a tornar descipienda dentro do Código Tributário Nacional. Por este viés, a posição exarada pelo tributarista nos conforta. Não obstante, tal posicionamento não nos agrada inteiramente em razão de parecer estar deslocado do contexto em que o Código foi editado, em nosso entender não se moldando de forma plena ao plexo normativo existente na seara fiscal àquele momento. Não nos consta ter existido àquela época, no que toca ao Imposto de Renda, dispositivo legal ou discussões doutrinárias e jurisprudenciais questionando a possibilidade de se tributar o produto do ilícito, tendo inclusive o artigo 118 do aludido Código tornado hialino que a validade jurídica dos atos praticados é irrelevante para a definição legal do fato gerador de tributos em geral.

Percorrendo outro caminho, há juristas que diferenciam os dois tipos de disponibilidade em razão do ingresso físico existente, de certo modo atribuindo à disponibilidade econômica o significado de disponibilidade financeira. Por essa corrente, se o valor ingressar fisicamente no caixa ou no rol dos demais ativos de dada pessoa, tratar-se-á de disponibilidade econômica (moeda ou bens recebidos). Já se, por qualquer

³³⁹ *Op. Cit.* (nota 263), pp. 301-302.

motivo, o valor for contabilizado antes de haver posse de numerário, verificar-se-á a disponibilidade jurídica. Grosso modo, poder-se-ia dizer nessa aproximação que a disponibilidade jurídica corresponderia ao regime contábil de competência, enquanto a disponibilidade econômica corresponderia ao regime de caixa.³⁴⁰ Nessa direção pareceu indicar, em estudo da década de 70, Rubens Gomes de Sousa, quando asseverou que disponibilidade econômica corresponderia a “rendimento (ou provento) **realizado**”, isto é, dinheiro em caixa”, destacando que disponibilidade jurídica traduziria “rendimento (ou provento) **adquirido**”, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (p. ex., o juro ou o dividendo creditados).³⁴¹⁻³⁴²

Este último conceito exposto acima necessitaria de maior lapidação a fim de que, partindo-se do arcabouço civilista que pressupõe, não se tribute uma não-renda. Quando se recebe antecipadamente o preço de uma prestação de serviços ou de uma venda mercantil, tem-se disponibilidade financeira sobre o numerário, mas não há título jurídico que o garanta. Caso não haja a prestação do serviço ou a entrega da mercadoria, haverá necessidade de devolução do numerário, pois a condição para o aperfeiçoamento do negócio jurídico não terá se cumprido. Portanto, haja vista a inexistência de crédito incondicional, para manter a sistematicidade de tal corrente não haveria que se falar em disponibilidade econômica ou jurídica, fato gerador do Imposto de Renda.³⁴³

Lapidando a referida teoria com vistas ao seu aperfeiçoamento, alcançar-se-á a conclusão de que disponibilidade econômica seria o poder efetivo e atual de dispor da renda, conferido àquele que detém sua posse direta – sendo necessária, além da posse do numerário, a aquisição de direito sobre ele –, e disponibilidade jurídica caracterizaria as situações em que, embora o titular não detenha a posse direta da renda, esta foi posta a sua disposição pela fonte pagadora, ou existe um direito incondicional de crédito compelindo a fonte ao pagamento.

As três teorias acima citadas possuem como traço comum a utilização do Direito Privado como cerne principal de seus raciocínios, possuindo versões mais radicais – seja desprezando a existência de uma disponibilidade econômica ou tratando-a como exceção à disponibilidade de direitos – ou mais moderadas – considerando a disponibilidade

³⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), p. 317.

³⁴¹ Grifos no original.

³⁴² *Op. Cit.* (nota 265), pp. 70-71.

³⁴³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 291), pp. 203-211.

econômica como decorrência lógica da disponibilidade jurídica. Por este motivo, julgamos que elas podem ser consideradas “teorias civilistas” acerca do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

A despeito da consistência das “teorias civilistas”, elas não são as únicas que se mostram consistentes em face do ordenamento nacional. Nessa toada de alterações no Direito Societário Contábil que prestigiam a essência econômica sobre a forma jurídica, haveria também a possibilidade de atribuição de conceito mais lato à expressão “disponibilidade econômica”, extraindo dela que incrementos no patrimônio econômico de uma pessoa, independentemente de ter havido negócio jurídico realizado com terceiros conferindo um título, teriam o condão de acarretar renda tributável. Nessa mesma linha expõe Luís Eduardo Schoueri, em recente estudo, interpretação passível de se extrair do Código Tributário Nacional, de que o mero poder de usar, fruir ou dispor de um bem poderia indicar a existência de disponibilidade econômica.³⁴⁴

Com efeito, se conforme estudos teóricos outrora compulsados renda pode ser entendida como acréscimo de poderio econômico, de fato não haveria a necessidade da prática de negócio jurídico para a sua existência. Exemplo clássico disto pode ser visualizado na lista das pessoas mais ricas do mundo anualmente divulgada pela revista *Forbes*: a pujança econômica das pessoas não é medida pelo custo histórico dos ativos que detêm, mas pelo valor de mercado deles, o que, sob um espectro mais econômico, caracterizaria renda. Desta maneira, como contraponto às “teorias civilistas” retro-referidas, estar-se-ia aqui diante de uma “teoria econômica” a respeito das espécies de disponibilidade positivadas no Código.

Mas se estamos corretos em nossa avaliação e as modalidades de disponibilidade trazidas pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional em tese poderiam mesmo possuir os significados que trazemos à baila, a discussão que se deve colocar diz respeito ao motivo de se ter disposto sobre um requisito alternativo de disponibilidade econômica em hipótese em que sempre ocorreria, em momento concomitante ou anterior à disponibilidade econômica, a disponibilidade jurídica (na terceira das “teorias civilistas”), ou em que quase sempre se verificaria uma disponibilidade econômica anteriormente à celebração de um negócio jurídico que confira moeda em espécie ou título jurídico a determinada pessoa (na

³⁴⁴ *Op. Cit.* (nota 323), p. 251.

“teoria econômica”). Relembre-se aqui que é justamente a busca de um sentido que não torne desnecessária qualquer das modalidades de disponibilidades que conduz Ricardo Mariz de Oliveira a posicionamento que baseia a disponibilidade jurídica ou econômica na licitude ou ilicitude, respectivamente, dos negócios efetuados pelo contribuinte (segunda das “teorias civilistas” mencionadas).³⁴⁵

Após compulsar teorias a respeito dos conceitos de disponibilidade, afirma Luciano Amaro que a problemática dessa questão consiste em verificar se juridicamente pode-se tributar apenas a renda já percebida (*realization basis*) ou se bastaria, para a cobrança do gravame, a produção de renda, embora ainda não entregue ao titular (*accrual basis*). Conclui que as em seu modo de ver impróprias expressões “disponibilidade econômica” e “disponibilidade jurídica” foram criadas apenas para explicitar que a renda pode ser tributada desde o momento em que, tendo sido produzida, se incorpore ao patrimônio do titular, ficando a cargo da lei impositiva, à luz de considerações de política fiscal, definir se e quando a incidência dependerá do efetivo recebimento da renda.³⁴⁶ Parece seguir essa mesma linha de raciocínio Misabel Derzi, ao asseverar que o conceito ambíguo e complexo do artigo 43 do Código Tributário Nacional é oriundo da busca de abranger, em seu teor normativo, os diferenciados conceitos de renda que são utilizados por lei para a tributação da pessoa física e para a tributação da pessoa jurídica.³⁴⁷

Deste modo, a justificativa para haver referência legislativa alternativa à disponibilidade econômica e à disponibilidade jurídica poderia ser extraída da constatação de que competiria à lei ordinária, em cada hipótese, definir se deve ser exigida a disponibilidade econômica ou a disponibilidade jurídica sobre riqueza nova para que esta possa ser tributada. Esta hipótese de certa maneira independeria do conceito que se visa a atribuir às espécies de disponibilidade, sendo igualmente verificável nos termos da terceira das “teorias civilistas” ou da “teoria econômica”.

Nada obstante as variadas posições sobre o tema, uma convergência central é observada: a necessidade de existir disponibilidade sobre a renda para poder haver incidência tributária, independentemente de ser econômica ou jurídica tal disponibilidade.

³⁴⁵ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), pp. 301-302.

³⁴⁶ *Op. Cit.* (nota 287), pp. 387-393.

³⁴⁷ *Op. Cit.* (nota 326), pp. 256-257.

Qualquer das duas hipóteses basta para configurar o fato gerador do Imposto de Renda.³⁴⁸ Este entendimento está em consonância com estudo elaborado pelo autor do anteprojeto do Código Tributário Nacional ao, na década de 50, pesquisar na doutrina estrangeira traços característicos do conceito de renda e estatuir que um deles seria a noção da “livre disponibilidade”, em que apenas seria renda a parcela de riqueza de que pode o titular dispor sem que isto implique redução de seu capital.³⁴⁹

Elucidativos, neste diapasão, os dizeres de Luís Eduardo Schoueri ao afirmar que “*a disponibilidade ou será econômica ou será jurídica. Se não for econômica, será pelo menos jurídica. Se não for jurídica, será pelo menos econômica. Se não for nem econômica, nem jurídica, não haverá que se falar em disponibilidade*”³⁵⁰.

Destarte, é de certo modo tributariamente indiferente a espécie de disponibilidade. O que é realmente relevante é a verificação, ou não, do gênero “disponibilidade” – seja ela econômica ou jurídica –,³⁵¹ que, desde que não nos refiramos tão somente à disponibilidade financeira, nunca deixará de significar o real poder de dispor sobre a renda.

Faltou-nos conciliar os significados da expressão “disponibilidade econômica ou jurídica” com a palavra “aquisição”. Haja vista a importância da temática da imposição tributária sobre renda ainda não realizada, notoriamente no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, dedica-se tópico específico para aprofundar estudo sobre o assunto *vis-à-vis* o verbo “adquirir” exigido pelo legislador complementar, impondo-se, neste momento, um enfoque eminentemente de Direito Tributário à nossa análise.

V.3.4. Aquisição de Disponibilidade e o Requisito da Realização da Renda

Esclarecido o que pode ser tomado, com as devidas restrições e precauções, por disponibilidade, seja ela econômica ou jurídica, debruçemo-nos sobre a discussão de se a tributação da renda apenas quando de sua realização seria requisito exigido pelo Código Tributário Nacional. Esta questão é de suma importância para que se verifique se a

³⁴⁸ SOUSA, Rubens Gomes de, *op. cit.* (nota 265), p. 71.

³⁴⁹ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de, *op. cit.* (nota 7), p. 340.

³⁵⁰ In “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 7, São Paulo: Dialética, 2002, pp. 320-321.

³⁵¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 284), pp. 124-126.

incidência do Imposto de Renda sobre ganhos acumulados em ativos detidos por pessoa física ou jurídica, antes da respectiva alienação ou desfazimento, estaria autorizada pelo sistema tributário vigente.

De imediato, impõe-se o alerta de que o conceito de realização que tomamos no presente estudo é diverso do conceito adotado por Ricardo Mariz de Oliveira. Para o tributarista, realização da renda se confundiria com aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, sendo tida como o instante segundo o qual existiria acréscimo patrimonial.³⁵² Realização da renda implicaria, para o autor, que somente a renda consumada poderia ser tributada, o que vedaria incidência de imposto sobre recebimentos que traduzam mera disponibilidade financeira.³⁵³ Pioneiro nesse posicionamento foi Rubens Gomes de Sousa, tratando realização como aquisição de disponibilidade sobre riqueza e utilizando o termo “separação” para discutir a necessidade ou não de desvincular o ganho do capital que o produziu para que haja tributação.³⁵⁴

De outra maneira, é objeto de nossa análise um conceito de realização que não se confunde, necessariamente, com a aquisição de disponibilidade sobre a renda tal como disposta na legislação nacional. Parte-se de conceito de realização preconizado pela doutrina estrangeira, no sentido de necessidade de desfazimento do ativo que origina os ganhos, normalmente por meio de alienação, com o conseqüente recebimento de moeda ou de novo ativo, para que renda seja auferida pelo contribuinte. Portanto, o critério da realização na seara do Imposto de Renda requereria que renda apenas possa ser tributada quando estiver efetivamente disponível para novos investimentos.³⁵⁵ É precisamente a tributação de ganhos acumulados independente do desfazimento do ativo subjacente que se deseja testar em face do ordenamento jurídico-tributário.

Sob um ponto de vista teórico, alguns argumentos podem ser suscitados contra a tributação de ganhos acumulados, não-realizados (*accrual gains*), sendo os principais deles fundados em avaliação, liquidez e perdas. Esses argumentos já foram suscitados quando tratamos dos aspectos teóricos relativos a política fiscal, mas merecem ser retomados neste momento, desta feita introduzindo novas considerações.

³⁵² *Op. Cit.* (nota 263), pp. 372-373.

³⁵³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, *op. cit.* (nota 291), pp. 224-225.

³⁵⁴ *Op. Cit.* (nota 7), p. 344.

³⁵⁵ KAVELAARS, Peter. “Accrual versus Realization”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, p. 127.

O primeiro argumento contrário a essa modalidade de incidência fiscal decorre de que esta demandaria avaliação periódica de ativos (de preferência anual), acarretando mais elevados custos administrativos do que se verificariam caso se tomasse por base a realização. Além disso, há situações em que a tributação de ganhos não-realizados poderia exigir o desfazimento de dado ativo para que o contribuinte possa adimplir a obrigação tributária, o que seria especialmente problemático nos casos em que se está diante de ativos de baixa liquidez no mercado. Por fim, o terceiro fator que pesaria contra a tributação antes da realização refere-se à possibilidade de que o ganho acumulado que seja tributado em determinado período posteriormente se converta em perda.³⁵⁶

Esses são alguns dos motivos pelos quais muitos tributaristas que se debruçam sobre a questão de tributar ou não ganhos não-realizados alcançam a conclusão de que esta modalidade de tributação não é praticável. Eis aqui a razão por que um dos idealizadores de incidência de Imposto de Renda em bases mais amplas, Henry Simons, chegou a asseverar que o critério da realização é indispensável para um sistema de tributação da renda factível (*feasible income-tax system*).³⁵⁷

Mesmo com esses argumentos contrários à tributação segundo a *accrual basis*, Peter Kavelaars defende tenazmente essa forma de incidência tributária, sustentando que (i) o problema da necessidade de avaliação periódica não é *per se* suficiente para exigir tributação apenas quando da realização; (ii) o problema da ausência de liquidez em certos ativos pode ser resolvido com a postergação da exigência do tributo, com eventual correção monetária do principal devido; e (iii) o problema de o ganho não-realizado que tenha sido tributado se transformar em perda pode ser eliminado com restituição do tributo pago, compensação com outros tipos de ganhos ou compensação com futuros ganhos de capital.³⁵⁸ Sustenta, ainda, que a tributação de ganhos acumulados neutralizaria o “*lock-in effect*” decorrente da tributação apenas por ocasião da realização, porquanto evitaria que os contribuintes adiem a decisão de alienar ativos simplesmente por causa do aspecto tributário.³⁵⁹

³⁵⁶ KAVELAARS, Peter, *op. cit.* (nota 355), pp. 128-135.

³⁵⁷ In *Personal Income Taxation: The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, Chicago: University of Chicago, 1938, p. 162, *apud* Kevin Holmes, *op. cit.* (nota 78), p. 379.

³⁵⁸ *Op. Cit.* (nota 355), pp. 127-146.

³⁵⁹ *Op. Cit.* (nota 355), pp. 128.

De maneira geral, afastadas quaisquer considerações de ordem de política fiscal, em tese não haveria problema em que um dado ordenamento jurídico adotasse imposição tributária sobre ganhos não-realizados, uma vez que estes podem plenamente ser considerados renda. Caberia a cada sistema tributário nacional verificar a pertinência e a praticabilidade desse tipo de tributação, valendo aqui os alertas de Simons e demais autores outrora citados no sentido de que renda deve ser algo capaz de ser mensurável. Este também foi o posicionamento exarado há quatro décadas por Ary Oswaldo Mattos Filho, para quem a tributação de ganhos realizados e a tributação de ganhos não-realizados são duas fórmulas plenamente compatíveis com imposições fiscais sobre a renda, sendo a adoção de uma delas consequência mais de uma posição escolhida dentre duas possíveis do que de inadequação da outra fórmula ao conceito de renda.³⁶⁰

Neste diapasão, deve-se mencionar que quando a incidência do Imposto de Renda numa *accrual basis* é adotada, tributando-se independente da realização do ativo, comumente é aplicável tão somente sobre títulos e valores mobiliários, em que o valor de mercado dos ativos é mais facilmente verificável, sem resultar em altos custos adicionais com avaliação. Isto explicaria a razão pela qual nos Estados Unidos e no Reino Unido poucos são os ativos que têm os ganhos acumulados tributados antes da respectiva realização, dentre os quais estão diversas modalidades de derivativos.³⁶¹

Desta forma, passa-se a examinar o que a doutrina nacional apresenta a respeito da adequação da incidência de Imposto de Renda independentemente da realização do ativo *vis-à-vis* o artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Ao analisar a tributação sobre ganhos não-realizados, Gilberto de Ulhôa Canto asseverou de maneira incisiva que esse tipo de incidência não se adéqua ao perfil complementar do Imposto de Renda, por não configurar nem disponibilidade econômica nem jurídica, afirmando que imposição tributária desse jaez apenas poderia estar compreendida na competência residual da União para instituir impostos. Considerou, ainda, que faltaria capacidade contributiva na tributação sobre ganhos não-realizados, pois,

³⁶⁰ *Op. Cit.* (nota 221), p. 87.

³⁶¹ FREEDMAN, Judith, *op. cit.* (nota 165), pp. 202-203.

sendo os ganhos meramente latentes, existiria apenas a expectativa de que capacidade econômica para contribuir venha a ocorrer no futuro.³⁶²

Segundo José Luiz Bulhões Pedreira, o ganho de capital tributável pressuporia a realização da mais-valia através de alienação, não se confundindo com o aumento de valor do bem que integra o patrimônio do contribuinte, ainda que tal incremento não realizado possa representar aumento do poderio econômico do indivíduo.³⁶³ Na mesma linha, entende Alcides Jorge Costa que o conceito de renda disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional afasta de imediato a possibilidade de tributação de renda não-realizada – ou, para utilizar suas palavras, “renda virtual” –, exemplificando que a valorização de imóveis apenas poderia ser tributada quando a renda possa ser utilizada, empregada, o que não ocorreria antes da respectiva alienação.³⁶⁴ Acompanha esse raciocínio Humberto Ávila, o qual peremptoriamente rejeita a tributação de ganhos não-realizados decorrentes de valorização imobiliária.³⁶⁵ Outrossim, também digna de nota é a posição de Fernando Zilveti concernente ao tema, para quem a realização é requisito fundamental para que se esteja diante de disponibilidade, chegando o tributarista inclusive a sugerir uma mudança estrutural profunda na tributação das pessoas jurídicas, a qual sempre se fundou no regime contábil de competência.³⁶⁶

Nada obstante os respeitáveis posicionamentos exarados pelos juristas acima mencionados e acompanhado de maneira quase que pacífica na doutrina nacional, julgamos que o legislador complementar não exige que o Imposto de Renda incida tão somente sobre renda realizada, cabendo ao legislador ordinário, quando da definição das situações em que incidirá a referida exação, em vista das restrições que na seqüência serão apresentadas, optar ou não pela tributação com base no critério da realização.

Com efeito, de acordo com o entendimento exposto no item precedente acerca do conceito de disponibilidade, tem-se que é suficiente para a tributação da renda nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional a existência de poder efetivo de dispor sobre a renda. Sendo verdade que sempre que houver disponibilidade sobre renda poderá incidir o

³⁶² *Op. Cit.* (nota 288), pp. 32-35.

³⁶³ *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-18.

³⁶⁴ In *Anais das XI Jornadas do Instituto Latino Americano de Derecho Tributario*, Rio de Janeiro, 1983, p. 166, *apud* Gilberto de Ulhôa Canto, *op. cit.* (nota 288), p. 32.

³⁶⁵ In *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 35-36.

³⁶⁶ *Op. Cit.* (nota 312), pp. 297-328.

Imposto de Renda, se ganhos não-realizados estiverem disponíveis ao contribuinte, não há que se falar em impossibilidade de tributação.

Trilhando neste sentido antes mesmo da positivação do termo “disponibilidade” no Código Tributário Nacional, Rubens Gomes de Sousa já dispunha que para a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda era apenas necessária a aquisição do poder de dispor por parte do beneficiário, não sendo exigida, no entanto, a separação do ganho ou rendimento da fonte produtora. Com isto concluiu que existe plena possibilidade de tributação de mais-valias não separadas de sua fonte – ou seja, não-realizadas –, resumindo-se a incidência de imposto nessas hipóteses a uma questão de política fiscal a ser implementada, pois sob um espectro objetivo tais ganhos não-realizados seriam considerados renda.³⁶⁷

Um ponto adicional a esta celeuma não pode passar despercebido. Não se pode descartar o verbo “adquirir” que se coloca anteriormente à expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”. Para a efetivação do fato gerador do Imposto de Renda, não basta haver disponibilidade, o legislador complementar exige que ela seja adquirida. Vejamos em que medida isto influencia a questão da tributação de ganhos não-realizados.

Poder-se-ia apressadamente entender que, ao exigir a *aquisição* de disponibilidade econômica ou jurídica, estaria o legislador complementar impondo a existência de transação mercantil para que possa incidir o Imposto de Renda. Neste caso, o verbo “adquirir” estaria a indicar que jamais haveria incidência tributária sobre a renda em situações nas quais o indivíduo não praticou nenhum ato ou negócio jurídico, o que impediria qualquer tributação antes da realização. Contra este argumento ressalte-se que em nenhum momento há a vinculação da imposição de Imposto de Renda à existência de operações de mercado praticadas com terceiros, o que não pode nos conduzir a inexoravelmente concluir que o verbo “adquirir” indica que o requisito da realização foi positivado no Código quando da redação, pelo legislador complementar, de normas gerais sobre a mencionada exação.

Em nosso entender, ao se referir a uma “aquisição de disponibilidade”, o Código Tributário Nacional somente ressalta que para a incidência tributária é necessário que o recebimento de renda dependa tão somente da vontade do seu beneficiário. Apenas se não houver qualquer fator impeditivo externo para que ocorra o desfazimento de um dado ativo

³⁶⁷ *Op. Cit.* (nota 7), pp. 344-345.

– seja de ordem legal, contratual ou mesmo mercadológica –, fator este diverso, portanto, da vontade do detentor, poder-se-á sustentar, perante o ordenamento jurídico-tributário brasileiro, a imposição de Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados.

Tomemos como exemplo imóvel detido por uma pessoa física, cujo valor de mercado é superior ao custo de aquisição. Sem que haja a alienação do imóvel, a pessoa física estará diante de ganhos não-realizados, que acumulam sobre o seu ativo, fazendo com este tenha o seu valor majorado. Apesar de não existir neste caso uma alienação, não resta dúvida de que à medida que o valor do imóvel aumenta, a pessoa física tem seu patrimônio econômico majorado. Entretanto, por maior que seja a liquidez existente no mercado imobiliário em que seu ativo está localizado, não se pode dizer que a disponibilidade sobre renda depende apenas de sua vontade: não se sabe com que facilidade a pessoa física encontraria comprador disposto a desembolsar numerário correspondente ao valor de mercado de seu ativo.

Contraponha-se este exemplo a uma situação em que pessoa jurídica realizou dada operação com terceira pessoa relativa à alienação de ativos, entregando-lhe bem imóvel e recebendo título de crédito (mas não moeda). Supondo que a terceira pessoa não quite a obrigação contraída, poder-se-ia alegar que esta pessoa jurídica estaria em posição patrimonial de desvantagem em relação a outra que ainda possui o imóvel, haja vista que esta última teria a faculdade de ir à busca de “bom comprador”, para lhe efetuar pagamento em moeda pelo imóvel, conforme o seu valor venal. Sendo assim, qual o motivo de se poder tributar apenas a primeira pessoa jurídica, que efetuou a operação, e não a segunda? A resposta a esta questão decorre justamente do fato de que caso a terceira pessoa não quite a sua obrigação, a pessoa jurídica possui meios legais para executar o referido título, a fim de obter o seu crédito.

Esta nos parece ser a linha de corte para a tributação, sob o espectro de Direito Tributário, de ganhos não-realizados: poder efetivo e atual de dispor de um ativo e receber, em moeda ou em outro bem ou direito, o numerário correspondente ao valor de avaliação a mercado do ativo. A aquisição de disponibilidade se dá nesse momento, em que a liquidez

das operações em dado mercado permite que o detentor de um ativo obtenha a qualquer momento, conforme sua vontade, os ganhos nele acumulados.³⁶⁸

Com este nosso conceito acaba-se por restringir sobremaneira a tributação sobre ganhos não-realizados, reservando a exigência de Imposto de Renda nessas condições a poucas hipóteses, não podendo deixar de serem mencionados os ganhos e rendimentos acumulados em diversas modalidades de ativos negociados nos mercados financeiro e de capitais.³⁶⁹

Para que se complete a análise teórica de Direito Tributário que se impõe previamente ao esmiuçamento da tributação da renda nos mercados, não basta o exame de dispositivos especificamente voltados ao Imposto de Renda. Haja vista os incentivos fiscais conferidos à tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, mostra-se importante cotejar e contrapor normas voltadas à busca da capacidade contributiva e normas indutoras que visam a fomentar o desenvolvimento econômico. Apenas assim poder-se-á verificar a compatibilidade entre as regras de tributação da renda nos mercados e o texto constitucional vigente. É isto que se fará no próximo capítulo.

³⁶⁸ Trata-se de conceito próximo ao de “valor justo” adotado pela Ciência Contábil, definido por Alexsandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera como o valor pelo qual ativos podem ser trocados ou passivos podem ser liquidados entre partes de uma transação que segue parâmetros normais de mercado, o que não se confunde com o valor negociado em transações forçadas. (In “As Normas Contábeis Internacionais e a Tributação de Instrumentos Financeiros”, in *Revista de Direito Tributário*, v. 105, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88)

³⁶⁹ Para análise detalhada da contabilização de derivativos (*hedge accounting*) conforme o valor justo dos instrumentos financeiros, confira-se minucioso estudo de Alexsandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera em: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 368), pp. 83-100.

VI. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E INDUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

VI.1. Funções das Normas Tributárias

Retomando o que foi exposto com maiores detalhes no capítulo III, pode-se dizer que as funções estatais primordialmente se resumem à: (i) alocação de recursos públicos entre bens e serviços a serem produzidos para a sociedade (função alocativa); (ii) distribuição adequada de renda e riqueza entre os indivíduos com vistas à obtenção de justiça social (função distributiva); e (iii) adoção de políticas econômicas objetivando a estabilização (função estabilizadora). Esta é a tradicional classificação proposta pelos Musgrave, a qual vem sendo tomada como parâmetro por economistas e financistas públicos que o sucederam e aprofundaram estudo sobre o tema.³⁷⁰

Dentro do contexto de necessidades financeiras do setor público para cumprir suas funções está o instrumento tributário, essencial para o provimento de receitas fiscais derivadas a fim de que o Estado possa exercer as atividades a ele inerentes.

Ocorre que a tributação como um todo nem sempre é utilizada tão somente como meio de fornecer recursos ao Erário, numa função meramente arrecadatória. As normas tributárias podem também ser utilizadas visando a atingir determinados objetivos extrafiscais projetados, por vezes tendo a finalidade de auxiliar o Estado no cumprimento de suas funções fundamentais relacionadas à distribuição de riqueza e à estabilização monetária.

Lembra-nos Walter Barbosa Corrêa que os juristas pertencentes à denominada “Escola Clássica”, dentre eles destacando-se Jèze, viam no tributo tão somente um meio de arrecadar moeda para fazer frente às despesas públicas. Chegava-se inclusive a afirmar que a função do imposto era meramente fiscal, de fornecer recursos ao Tesouro, caso contrário de imposto não se trataria. Assim, pode-se dizer que predominava àquela época o ideal de finanças públicas da neutralidade da tributação, particularmente no caso de impostos. Este foi o pensamento que se seguiu ao longo do liberalismo, sendo posteriormente abandonado por autores de escol como Giannini e Berliri, ao estatuírem ser pacífico que o imposto pode

³⁷⁰ Cf. MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B., *op. cit.* (nota 71), pp. 5-13.

ter fim diverso do fiscal.³⁷¹ A partir de então a questão da intervenção do Estado por meio da imposição fiscal passou a adquirir mais relevância nos debates de Direito Tributário.

Lecionava o jurista alemão Klaus Vogel que toda norma tributária que disponha sobre impostos possuiria a função fiscal (ou arrecadatória). Além dessa função de natureza eminentemente fiscal, as normas tributárias poderiam concomitantemente possuir função distributiva, indutora e/ou simplificadora.³⁷² Portanto, para o mencionado jurista, a utilização de uma norma tributária para fins arrecadatórios jamais teria o condão de diferenciá-la das demais, porquanto na seara da imposição fiscal todas as normas teriam algum viés, por menor que seja, de angariar recursos aos cofres públicos.

Na contramão da posição de Vogel, para Alberto Deodato todos os impostos, em maior ou menor grau, possuiriam função extrafiscal. Ele parte da extrafiscalidade como sendo a regra geral, pois que para o autor todo imposto atuaria no meio social, econômico e político, para depois afirmar que, além dessa função, poderiam os impostos possuir finalidade fiscal (financeira).³⁷³ Portanto, vê-se que o jurista pátrio adota visão diametralmente oposta à de Vogel, ao considerar que a extrafiscalidade é inerente aos impostos e que não necessariamente a fiscalidade caminharia conjuntamente com essa função essencial da norma tributária concernente a impostos.

Não se pode categoricamente estatuir que um ou outro autor mencionado acima esteja equivocado em sua premissa, seja de que todo imposto produz efeitos na fiscalidade (Vogel), seja de que todo imposto traz impactos no campo da extrafiscalidade (Deodato). Deveras, por sua própria natureza, os impostos têm o condão de arrecadar alguma quantia ao Erário, por menor que seja, vestindo-se, portanto, de características fiscais, ao passo que, por definição, não há como se dizer que os impostos são neutros, haja vista atuarem sobre comportamentos no campo sócio-econômico, adquirindo, por consequência, características extrafiscais. No entanto, uma coisa é constatar haver elementos de fiscalidade ou de extrafiscalidade em todos os impostos, outra bem diferente é afirmar que

³⁷¹ Cf. CORRÊA, Walter Barbosa, *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: s/e, 1964, pp. 41-43.

³⁷² In “Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht”, in *Steuer und Wirtschaft*, v. 2, 1997, pp. 105-106, *apud* Luís Eduardo Schoueri, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

³⁷³ DEODATO, Alberto. *As Funções Extra-fiscais do Imposto*. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais como requisito para o concurso de professor catedrático de Ciência das Finanças. Belo Horizonte, 1949, pp. 66-67.

a função de todos eles, isto é, a razão final para que foram projetados, é sempre fiscal (Vogel) ou sempre extrafiscal (Deodato), ainda que se ressalve que poderia haver uma ou mais funções concomitantemente atuantes.

Filiamo-nos aqui ao entendimento de Klaus Tipke e de Joachim Lang quando segregam as normas tributárias em três diferentes grupos de acordo com a sua função primordial. O primeiro grupo seria composto pelas normas com função fiscal, as quais se guiariam pela finalidade financeira ou arrecadatória de cobrir as necessidades monetárias do orçamento público (função primária). Essas normas seriam orientadas pela tributação conforme a capacidade contributiva. O segundo grupo seria composto pelas normas com função social, o qual poderia ser dividido em normas indutoras, que estariam voltadas ao estímulo ou desestímulo de determinado comportamento do sujeito passivo, e normas distributivas, que visariam a um equilíbrio social. Por fim haveria as normas com função simplificadora, direcionadas à facilitação, por motivos técnicos ou econômicos, da aplicação do Direito Tributário, evitando excessiva complexidade ou mesmo inexecutabilidade da lei.³⁷⁴

É importante notar que a despeito de os mencionados juristas alemães afirmarem que uma norma pode se voltar a mais de uma finalidade, cumprindo, pois, mais de uma função, não afirmam categoricamente que toda norma tributária terá, necessariamente, função fiscal, de angariar recursos para fazer frente às despesas estatais, ou extrafiscal, seja no seu viés social de indução ou distribuição ou no seu viés de simplificação.³⁷⁵ Este é o posicionamento que julgamos mais correto, mostrando-se bem evidente quando se lida com a tributação nos mercados, uma vez que existem impostos que atuam na extrafiscalidade, não possuindo função fiscal propriamente dita, embora tenham o condão de angariar importantes recursos para as burras estatais (*e.g.*, IOF/Câmbio), e outros impostos há que foram formulados com vistas a exercerem primordialmente função fiscal, o que não impede que em determinadas situações, em face de objetivos previamente estabelecidos, desempenhem importante papel extrafiscal (*e.g.*, Imposto de Renda).

Sendo certo que todos os impostos exercem influência nos campos da fiscalidade e da extrafiscalidade, cumpre-nos neste momento verificar os limites constitucionalmente

³⁷⁴ In *Direito Tributário*. Trad. Luiz Doria Furquim (à 18ª ed.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, pp. 175-179.

³⁷⁵ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim, *op. cit.* (nota 374), pp. 175-179.

delineados à atuação fiscal ou extrafiscal dos impostos, especialmente do Imposto de Renda. Ressalve-se que no que tange à extrafiscalidade, nossa abordagem terá como escopo principal a função indutora das normas tributárias, contrapondo-a à igualdade tributária e à tributação com base na capacidade contributiva, ficando relegadas a segundo plano outras funções extrafiscais que tais modalidades de norma possam possuir.

VI.2. Igualdade Tributária e a Tributação com Base na Capacidade Contributiva

Sustenta Fernando Zilveti que o ideal de justiça demanda o Direito positivo como uma via para a sua realização, introduzindo normas de conduta para condicionar a atuação humana no convívio social e fornecendo parâmetros para a valoração do “justo” com vistas a repelir o “injusto”. Cotejando a posição de variados jusfilósofos sobre o tema, conclui que a prescrição de justiça está intimamente relacionada à instituição da igualdade.³⁷⁶

Todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País a inviolabilidade do direito à igualdade. Eis alguns dos direitos fundamentais relacionados ao princípio da igualdade que são assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Prega o preceito constitucional magno da igualdade que não apenas perante dada norma posta os indivíduos devem ser nivelados (âmbito da aplicação da lei), mas também que o próprio ato de edição da lei possui o dever de dispensar tratamento equânime às pessoas (âmbito da formulação da lei).³⁷⁷

A exata noção de igualdade adquiriu notoriedade no Brasil com Rui Barbosa, quando, em discurso preparado para ser proferido em 1921 perante os bacharelandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (“Oração aos Moços”), rezou que “*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam*”, sendo que “*Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real*”.³⁷⁸ Portanto, ao proteger e efetivar a liberdade e a justiça, o direito à igualdade acaba

³⁷⁶ In *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 57-65.

³⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 9.

³⁷⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

por reger outros direitos, não podendo a lei discriminar senão quando existentes fundadas razões de fato que indiquem haver diferenças reais entre duas situações.³⁷⁹

É certo que as pessoas são iguais ou diferentes a depender do critério de discrimen escolhido.³⁸⁰ No entanto, como bem observa Humberto Ávila, o problema da igualdade no âmbito do Direito não está circunscrito ao plano do “ser” (igualdade descritiva). Há que se verificar se as pessoas, no plano do “dever ser”, devem ou não ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Neste último caso, para que se confira tratamento igual ou desigual, propõe o jurista que se analisem os seguintes elementos: sujeitos, critério ou medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade.³⁸¹ Elegendo-se uma finalidade constitucionalmente prevista, que não pode colidir com a regra de tributação ou com o regime jurídico constitucional estabelecido relativamente a dada obrigação tributária, para servir como parâmetro para a medida de comparação, deve-se verificar se tal medida de comparação, além de ser compatível e ter pertinência lógica com a finalidade elegida, possui com esta um vínculo fundado e conjugado que faça com que se consiga atingir o fim específico e delimitado que é desejado.³⁸²

É necessário, pois, todo um processo gradual para que se institua tratamento desigual entre duas pessoas visando a assegurar a igualdade vertical. É neste sentido que expõem Klaus Tipke e Joachim Lang que a jurisprudência alemã interpreta a igualdade tributária como sendo sinônimo de proibição do arbítrio, de modo a exigir que haja critério de comparação suficientemente hábil para introduzir tratamentos diferenciados entre grupos. Havendo justificativa para o rompimento com o tratamento equânime, restaria atendida a igualdade tributária.³⁸³

Buscando o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello asseverou que ele impõe que a lei não pode ser fonte de privilégios (favoritismos) ou perseguições, propondo a reflexão sobre quem seriam os iguais a serem tratados igualmente e quem seriam os desiguais que careceriam de tratamento não-igual em face de outros. E a resposta que preliminarmente encontra estaria na indagação de qual seria o critério legitimamente manipulável que, *sem agravos à isonomia*, autorizaria a distinção de

³⁷⁹ ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), p. 127.

³⁸⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo, *op. cit.* (nota 138), pp. 308-310.

³⁸¹ In *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 41-42.

³⁸² *Op. Cit.* (nota 381), pp. 62-69.

³⁸³ *Op. Cit.* (nota 374), pp. 193-194.

pessoas e situações em grupos apartados, com a conferência de tratamentos jurídicos diversos.³⁸⁴

Em nosso entender, a pedra de toque da temática da igualdade na seara tributária está na expressão “sem agravos à isonomia”, trazida por Bandeira de Mello. Anuímos com juristas como Humberto Ávila que expressam que a igualdade ou a desigualdade apenas pode ser definida com vistas a uma finalidade determinada, dependendo o juízo da igualdade, necessariamente, do critério e da finalidade que estruturam a comparação.³⁸⁵ Todavia, haja vista que o sistema tributário exerce impacto direto sobre a riqueza dos cidadãos, tolhendo recursos dos indivíduos seja com vistas a financiar os gastos estatais ou mesmo a perquerir outros objetivos que não os fiscais, sempre que a isonomia restar desatendida haverá ferimento ao princípio da igualdade.

Para que reste atendida a igualdade, a lei não pode ser fonte de nenhuma forma de privilégio. O princípio da igualdade não tem por objetivo beneficiar um grupo em detrimento de outro, mas verificar as dissonâncias entre ambos e, se for o caso, aplicar tratamento diferenciado de modo que ambos os grupos se equivalham (igualdade vertical). Sempre que forem concedidos privilégios a um dado grupo, estará sendo desatendido o princípio da igualdade. E mais: caso tratamentos favorecidos a um determinado grupo não encontrem respaldo em nenhum outro mandamento constitucional, configurarão privilégios odiosos e, como tal, inconstitucionais.

Alguns exemplos emblemáticos auxiliam-nos a compreender melhor situações em que tratamentos tributariamente mais benéficos a dados grupos de pessoas não constituem privilégio, não estando, portanto, em desacordo com o princípio da igualdade: (i) isenção de Imposto de Renda para portadores de doenças graves (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV); (ii) isenção de IPI para automóveis adquiridos por portadores de deficiência física, visual ou mental (Lei nº 8.989/95, art. 1º, IV); (iii) regime diferenciado de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06, art. 1º e ss.); e (iv) alíquota de 9% da CSL aplicável sobre pessoas jurídicas em geral, inferior à alíquota de 15% aplicável sobre o lucro tributável de instituições financeiras (Lei nº 7.689/88, art. 3º). Na primeira hipótese, presume-se que os portadores de doenças graves como tuberculose e hanseníase, entre outras, possuem menor capacidade econômica para gerar

³⁸⁴ *Op. Cit.* (nota 377), pp. 10-11.

³⁸⁵ *Op. Cit.* (nota 311), p. 366.

riqueza e contribuir ao Erário, isentando-os de Imposto de Renda; na segunda, presume-se que os portadores de deficiência possuem menores condições econômicas para adquirir veículos automotores, ainda mais se forem veículos adaptados; na terceira, presume-se que microempresas e empresas de pequeno porte estão em condições econômicas inferiores por possuírem menor pujança, concedendo-se tributação mais benéfica; na quarta, presume-se que as instituições financeiras detêm maior poderio econômico e capacidade de gerar riqueza do que as demais pessoas jurídicas, gravando de maneira mais intensa a renda auferida por elas.

Esses exemplos nos levam a concluir que a isenção ou reduzida incidência tributária sobre pessoas ou operações que presumidamente revelam menor conteúdo econômico não fere a igualdade. Certamente haverá casos em que a padronização adotada pelo legislador acabará por fazer com que uma ou outra pessoa de dado grupo destoe dos demais componentes: os portadores de doença grave ou de deficiência podem ter enorme capacidade contributiva pelo fato de terem conquistado riqueza com heranças, doações ou mesmo com seu próprio labor, ao passo que podem existir microempresas e empresas de pequeno porte que, embora não tenham grande faturamento, são altamente lucrativas, bem como instituições financeiras, pertencentes ou não a grandes conglomerados econômicos, que são deficitárias. Todavia, esses casos particulares de modo algum invalidam a padronização adotada com base no princípio da igualdade.³⁸⁶

De modo diverso, quando se depara com benefícios fiscais específicos visando a estimular determinado setor econômico ou dada área geográfica do país, outro é o entendimento que se julga merecedor de guarida. Este é o caso, por exemplo, de incentivos fiscais concedidos no âmbito das regiões abrangidas pelas extintas SUDAM e SUDENE. Não se nega que existem dificuldades operacionais para se instalar parque industrial em tais regiões, bem como que para o desenvolvimento nacional seja importante o estímulo ao crescimento sócio-econômico nessas áreas. No entanto, rejeita-se a tese de que a concessão de tratamento privilegiado às empresas que se instalam nessas localidades esteja fulcrada em igualdade. Não há razão fundada em isonomia para se tributar mais suavemente a renda

³⁸⁶ Trata-se de temática bem desenvolvida por Humberto Ávila, correspondente à contraposição entre igualdade particular e igualdade geral. Ao propor a discussão de se para atender a igualdade deverá a norma tributária considerar todas as particularidades dos contribuintes e das operações por eles praticadas ou se bastaria, para preservar o tratamento isonômico, considerar qualidades geralmente presentes na maioria desses contribuintes e operações praticadas, afirma o autor que sendo adotados padrões legais compatíveis com a maioria dos fatos ou casos observados, a generalização não ferirá a igualdade. (*Op. Cit.* (nota 381), pp. 77-121)

de uma indústria amazonense que obteve o mesmo lucro de uma indústria paulista. Haveria, sim, motivação fundamentada na isonomia tributária, a conferência de isenções ou reduções tributárias sobre operações realizadas com habitantes de áreas inóspitas, como o sertão nordestino, que presumidamente possuem menor (ou nenhuma) capacidade contributiva. Mas, para tanto, é indiferente, para o princípio da igualdade, a localidade em que está instalada a indústria que pratica operações com tais pessoas.³⁸⁷

Conclui-se, pois, que sempre que tratamentos tributários diferenciados relativos a impostos configurarem situação de privilégio, não estará sendo atendida a capacidade contributiva e, por conseguinte, a igualdade tributária restará desrespeitada.

Isto não quer dizer que, havendo finalidade constitucionalmente respaldada, não possa ser conferido tratamento tributário diverso entre duas pessoas, mesmo que configure privilégio (não odioso). Quer-se tão somente afirmar que, para estar em consonância com a igualdade tributária, a conferência de tratamento diferenciado entre dois indivíduos deverá ter como fundamento único e exclusivo a busca de isonomia a pessoas que, sob o espectro tributário, estejam em posições iniciais díspares. A semelhança ou disparidade entre as posições iniciais ou finais de dois ou mais indivíduos seria medida, no caso dos impostos, por sua capacidade contributiva.³⁸⁸

Eis a razão por que não endossamos a posição de Humberto Ávila no sentido de que a capacidade contributiva seria critério da aplicação da igualdade para impostos com finalidade fiscal.³⁸⁹ Quando lidamos com a espécie tributária “imposto”, estamos aqui mais alinhados à posição de Alcides Jorge Costa, que, concluindo que a igualdade tributária consiste em tributar do mesmo modo todos os cidadãos pertencentes a uma mesma “categoria especial”, afirma que ela se traduz, no sistema brasileiro, por uma imposição tributária semelhante sobre os que têm a mesma capacidade contributiva.³⁹⁰ Forçoso assim

³⁸⁷ Fato é que se estivermos lidando com impostos como IPI e ICMS o contribuinte será a empresa, e não os consumidores. No entanto, ao legislador seria plenamente possível adotar a presunção de que isenções ou reduções tributárias relativas a tais tributos ditos “indiretos”, que incidem sobre operações, repercutirão no preço a ser pago pelos consumidores.

³⁸⁸ Sobre a adoção de critério diverso da capacidade contributiva em outras espécies tributárias, como seria o sinalagma (ou equivalência entre prestação e contraprestação) no caso das taxas, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo, *op. cit.* (nota 138), p. 311.

³⁸⁹ *Op. Cit.* (nota 311), p. 366.

³⁹⁰ In “Capacidade Contributiva”, in *Revista de Direito Tributário*, v. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 300.

concluir com Paulo Ayres Barreto que o corolário do princípio da igualdade em matéria tributária é o mandamento da capacidade contributiva.³⁹¹

Partindo dessa premissa, pode-se dizer que no sistema tributário brasileiro o princípio da igualdade encontra-se corporificado, em relação à espécie tributária “imposto”, no mandamento da capacidade contributiva. Afirmar que cada um deve ser tributado conforme sua capacidade contributiva nada mais é que estatuir que devem ser buscadas diferenciações entre os indivíduos para que, de modo igualitário, todos contribuam para o suprimento de recursos ao Tesouro na medida de suas possibilidades monetárias. Outros dispositivos há no texto constitucional que especificam o modo de atingimento da igualdade em algumas situações particulares, mas, inegavelmente, é o artigo 145, § 1º, que introduz na Constituição Federal, de forma ampla e genérica, a igualdade tributária.

A idéia de capacidade contributiva está insculpida em muitos dos textos constitucionais que informam os sistemas jurídico-tributários existentes no mundo, tendo a Constituição francesa sido historicamente considerada como aquela que influenciou as demais no sentido de prevê-la expressamente em seu corpo.³⁹² Traduzindo a justiça em âmbito tributário, a tributação conforme a capacidade contributiva já foi considerada por juristas de garbo como Klaus Tipke como sendo o único parâmetro para se alcançar o princípio da igualdade na tributação, presente em todas as Constituições dos Estados considerados democráticos.³⁹³ Nessa esteira, aponta-se que a partir do século XX a tributação conforme a capacidade contributiva passou a ser amplamente discutida e acatada no sistema tributário de boa parte dos países ocidentais.³⁹⁴

No Direito Francês, a capacidade contributiva sempre teve abordagem intrinsecamente voltada a uma aproximação comunitária e mutualista do imposto. A base dessa abordagem viria do artigo 13 da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, segundo o qual a carga fiscal deveria ser igualmente repartida entre os cidadãos conforme suas possibilidades: “*pour l’entretien de la force publique et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également*

³⁹¹ *Op. Cit.* (nota 268), pp. 43-44.

³⁹² ZILVETI, Fernando Aurelio. “Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (orgs.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998, p. 40.

³⁹³ *Op. Cit.* (nota 273), p. 64.

³⁹⁴ ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), p. 147.

répartie entre les citoyens à raison de leurs facultés”. A discussão que se trava na doutrina francesa, dentro da qual podemos citar Michel Bouvier, é sobre o exato alcance do conceito da capacidade contributiva, dada a falta de precisão jurídica do supramencionado artigo 13, que, para o autor, oferece múltiplas interpretações.³⁹⁵ Como se verá doravante, o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 também não fornece precisão sobre a forma segundo a qual a capacidade contributiva deve ser buscada, embora apresente parâmetros a serem seguidos na formulação e aplicação do Direito Tributário.

De acordo com o § 1º do artigo 145 da Constituição Federal ora vigente, “*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*”. O referido dispositivo corporifica, assim, o corolário da capacidade contributiva no texto constitucional. Capacidade contributiva quer significar capacidade econômica para contribuir com o Erário. Isto quer dizer que não basta que se verifique riqueza para que o indivíduo se torne apto a custear as despesas estatais, pois que capacidade contributiva não haverá sobre o mínimo existencial, isto é, sobre a renda, o patrimônio e o consumo minimamente necessários para garantir a sobrevivência individual,³⁹⁶ bem como sobre o que beire o confisco, uma vez que não se podem esgotar, por meio da tributação, os recursos dos indivíduos.³⁹⁷

³⁹⁵ Cf. BOUVIER, Michel. “La Notion de Capacité Contributive des Contribuables dans la Société Post-Modern”, in *Revue Française de Finances Publique*, v. 100, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007, pp. 86-88.

³⁹⁶ Criticando severamente teorias que rejeitam a isenção tributária do mínimo existencial por considerarem os impostos como despesas necessárias aos indivíduos, Edwin Seligman entende ser necessária a proteção contra a tributação estatal do essencial para que uma pessoa possa viver. A determinação do que seria o mínimo existencial dependeria, contudo, da realidade de cada país (*Op. Cit.* (nota 257), pp. 25-29). Como parâmetro idealmente concebido, talvez se possa considerar, na linha apontada por Fernando Zilveti, que, relativamente ao Imposto de Renda, o salário mínimo, por dever atender a todas as necessidades constitucionalmente arroladas, constitui o mínimo existencial a ser mandatoriamente isento de tributação (*Op. Cit.* (nota 376), p. 203).

³⁹⁷ Tempos atrás, pensou-se em regulamentar, no Código Tributário Nacional, o artigo 150, IV, da Constituição Federal, a fim de se definir o que deveria ser entendido por tributo(s) confiscatório(s). O *caput* do artigo 7º do anteprojeto de lei, o qual não foi adiante, possuía a seguinte redação: “*Considerar-se-á caracterizada a utilização de tributo com efeito de confisco sempre que seu valor, na mesma incidência, ou em incidências sucessivas, superar o valor normal de mercado dos bens, direitos ou serviços envolvidos no respectivo fato gerador ou ultrapassar 50% do valor das rendas geradas na mesma incidência*”. Esse dispositivo dispunha ainda, em seu § 2º, que “*para os efeitos deste artigo computar-se-ão todos os tributos federais, estaduais ou municipais, que incidam no bem, direito ou serviço com fatos geradores simultâneos, ou decorrentes de um único negócio*”. (cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Abertura de Espaços Comunitários, Carga Tributária, Capacidade Contributiva e Efeito-Confisco”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 8, São Paulo: Dialética, 2004, pp. 235-237)

O singelo gráfico abaixo tem o mérito de explicitar que apenas poderá ser tributada a riqueza que estiver entre os pontos “A” e “B”, ou seja, que tributação apenas pode ser devida sobre a capacidade econômica que revelar capacidade contributiva:

Figura 3: Limites da Capacidade Contributiva

Leciona Francesco Moschetti que a capacidade contributiva pressupõe a capacidade econômica, mas com esta não se confunde. Enquanto não seria possível haver capacidade contributiva sem capacidade econômica, o contrário seria verídico, com a capacidade econômica podendo ser verificada independentemente de capacidade contributiva.³⁹⁸ É justamente isso que o gráfico acima exposto tem o condão de demonstrar.

Fernando Zilveti traz duas definições para capacidade contributiva. Na primeira delas conceitua este mandamento como a contribuição para as despesas públicas *na exata proporção* da capacidade econômica dos indivíduos, ao passo que na segunda conceitua a capacidade contributiva como a divisão eqüitativa das despesas na medida da capacidade individual de suportar o encargo fiscal.³⁹⁹ Muito embora alguns textos constitucionais tenham trazido a idéia de proporção ao introduzir o conceito de tributação conforme a capacidade econômica de cada indivíduo,⁴⁰⁰ não entendemos que, em face da Constituição Federal de 1988, apenas a proporcionalidade tenha o condão de efetivar o mandamento da capacidade contributiva. Discorda-se, assim, do primeiro conceito exposto pelo autor.

É verdade que Edwin Seligman parece, numa primeira análise, adotar a linha da proporcionalidade como meio próprio para se atingir a capacidade contributiva ao, após demonstrar que no decorrer dos tempos houve na história da tributação um lento e difícil progresso rumo à idéia de justiça por meio do imposto, bem como um esforço da sociedade

³⁹⁸ In *Il Principio della Capacità Contributiva*. Padova: CEDAM, 1973, p. 236.

³⁹⁹ *Op. Cit.* (nota 376), p. 134.

⁴⁰⁰ Cite-se, a título exemplificativo, a Constituição brasileira de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado **em proporção dos seus haveres**.

[...]

(destacamos)

para realizar essa justiça, estatuir em mais de uma obra que a capacidade contributiva (*faculty or ability in taxation*) requer que cada indivíduo ajude o Estado em proporção aos seus recebimentos.⁴⁰¹ Não se pode desconsiderar, no entanto, as suas ressalvas de que a distinção entre proporcionalidade e progressividade na tributação seria de certa maneira ilógica, porquanto a progressão também traduziria uma forma de proporção,⁴⁰² o que poderia de certa forma aproximá-lo a Adam Smith, o qual, apesar de afirmar que a equidade pode ser atingida mediante contribuições individuais para as despesas estatais de maneira proporcional à capacidade de cada um (*in proportion to their respective abilities*), não havendo a necessidade de imposição tributária progressiva para tanto,⁴⁰³ não rejeitou que a progressividade possa ser adotada também para esses fins.⁴⁰⁴

Destarte, ainda que não nos posicionemos no sentido de que a capacidade contributiva apenas possa ser atendida por meio da progressividade, não acatamos posição extremada já adotada por certos juristas estrangeiros, dentre os quais se destacam os alemães Klaus Tipke e Joachim Lang,⁴⁰⁵ acolhida por segmentos da doutrina nacional,⁴⁰⁶ de que o princípio da igualdade e a capacidade contributiva levariam, necessariamente, a uma tributação proporcional, sendo a progressão sobretudo expressão de um ideal de Estado social redistributivo, não relacionado à justiça fiscal. Esta também foi a linha seguida por Alberto Deodato, afirmando que a fiscalidade conduz, necessariamente, ao imposto proporcional, ao passo que motivações sócio-políticas conduziriam à progressividade tributária.⁴⁰⁷

A bem da verdade, noutro estudo sobre o tema, cuja versão em português foi resultante de tradução, por parte de Schoueri, do original em alemão, Klaus Tipke expressa

⁴⁰¹ Cf. SELIGMAN, Edwin R. A., *op. cit.* (nota 257), p. 4; SELIGMAN, Edwin R. A., *op. cit.* (nota 126), p. 21.

⁴⁰² Destaca o autor que num sentido mais técnico dever-se-ia delinear distinção não entre proporcionalidade e progressividade, mas entre os diferentes tipos de proporção: proporção regular e proporção progressiva. Da mesma forma, afirma que tecnicamente falando a progressividade poderia ser proporcional ou progressiva: enquanto que a progressividade proporcional se verificaria por meio de incremento na alíquota de forma aritmética, a progressividade progressiva ocorreria quando tal incremento na alíquota se verifica de forma geométrica. (Cf. SELIGMAN, Edwin R. A., *op. cit.* (nota 298), pp. 2-3)

⁴⁰³ *Op. Cit.* (nota 133), p. 305.

⁴⁰⁴ Dignos de nota neste sentido são os dizeres de Fernando Zilveti, ao lecionar que no final do século XIX, quando se falava em progressividade, remetia-se tão somente a um incremento aritmético resultante da aplicação de uma mesma proporção sobre distintas expressões de riqueza, o que poderia explicar o fato de os autores daquele tempo apenas se referirem a “proporção”, mas não a “progressão”. (Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), p. 146)

⁴⁰⁵ *Op. Cit.* (nota 374), p. 262.

⁴⁰⁶ Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 311), p. 387; ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), pp. 181-184.

⁴⁰⁷ *Op. Cit.* (nota 373), p. 128.

peremptoriamente que a tributação progressiva é plenamente compatível com o mandamento da capacidade contributiva, conquanto não seja requisito para a sua efetivação. De acordo com o jurista alemão, “*não decorre do princípio da capacidade contributiva se o crescimento [da carga fiscal conforme aumenta a renda ou o lucro] deve ser proporcional ou progressivo*”. Deste modo, o autor consigna de forma expressa que a progressividade seria também capaz, tal como a proporcionalidade, de alcançar as capacidades contributivas individuais de cada pessoa.⁴⁰⁸

Isto nos conduz à reflexão sobre se o que está escrito no livro “*Steuerrecht*” não seria decorrência da influência da continuação dada por Lang à obra inicialmente produzida por Tipke, não traduzindo o real pensamento deste último autor. Isto porque existe estudo individualmente publicado por Joachim Lang em que claramente afirma que a capacidade contributiva justificaria apenas a adoção de alíquotas proporcionais, não se compatibilizando, pois, com qualquer progressão, uma vez que tal mandamento estaria conectado apenas ao atingimento de igualdade horizontal, mas não de igualdade vertical.⁴⁰⁹

Deixando de lado controvérsias a respeito da efetiva posição de Tipke, o entendimento que se adota no presente estudo é de que alíquotas progressivas são plenamente compatíveis com a capacidade contributiva, embora não sejam exigência dela. Neste sentido é de se ponderar que se considerarmos que parcelas adicionais de riqueza propiciam utilidade marginal inferior à fornecida por parcelas iniciais, temos que a progressividade acaba servindo para impor sacrifício marginal igual sobre todos os contribuintes.⁴¹⁰ Parece coadunar desse pensamento o jurista italiano Francesco Moschetti, demonstrando que a capacidade contributiva também possui a faceta de capacidade econômica qualificada por um dever de solidariedade (*capacità economica qualificata da un dovere di solidarietà*), que, por ser voltada a um prevalente interesse coletivo, não pode considerar a riqueza individual em separado da exigência coletiva.⁴¹¹

Isto quer significar que quando se estatui que os impostos sejam graduados conforme a capacidade econômica dos indivíduos, não se quer tão somente impor que seja respeitado o mínimo existencial e que a exação não seja confiscatória. Sob este primeiro viés, a capacidade contributiva não é apenas parâmetro para a fiscalidade, constituindo também as

⁴⁰⁸ *Op. Cit.* (nota 273), p. 64.

⁴⁰⁹ *Op. Cit.* (nota 75), pp. 9-10.

⁴¹⁰ TILBERY, Henry, *op. cit.* (nota 198), p. 19.

⁴¹¹ *Op. Cit.* (nota 398), p. 239.

balizas para a extrafiscalidade, sendo plenamente possível e compatível com o mandamento supra, dentro de uma banda pré-estabelecida entre o mínimo existencial e o confisco, a instituição de alíquotas proporcionais ou progressivas. Mas, em nosso entender, o preceito da capacidade contributiva vai mais além, possuindo outro viés. A graduação tributária de acordo com a capacidade contributiva exige também que os que possuem maior poderio econômico contribuam em maior monta ao Erário, independentemente de a imposição fiscal ocorrer conforme alíquotas proporcionais ou progressivas. E é em razão deste segundo aspecto (ou espectro) da capacidade contributiva que julgamos, como se exporá em momento subsequente, que nem sempre este mandamento é plenamente atendido na extrafiscalidade voltada à indução de comportamentos.⁴¹²

Saliente-se, por fim, antes de analisarmos mais detidamente a temática da extrafiscalidade para depois contrapô-la à tributação conforme a capacidade contributiva, que o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 contém expressão que é restringida, ou simplesmente deixada de lado, por juristas de escol, mas cujo alcance é de suma importância para o presente estudo: segundo o dispositivo, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte apenas “sempre que possível”.

Por um lado, há quem alegue que “sempre que possível” refere-se somente ao caráter pessoal da exação, proclamando que os impostos, sem exceção, devem ser graduados conforme a capacidade contributiva.⁴¹³ Trilhando caminho diverso, vemos em Paulo de Barros Carvalho a sustentação de que a expressão “sempre que possível” é meramente expletiva, com função limitada ao mero realce, uma vez que a condição regulatória de comportamentos intersubjetivos necessariamente repousaria no intervalo do possível.⁴¹⁴ Ambas as posições suscitam discordâncias de nossa parte.

Contra-argumentando o primeiro posicionamento, não se vê no texto constitucional qualquer indicação de que “sempre que possível” refere-se tão somente ao caráter pessoal

⁴¹² Alinhada nesse rumo está Misabel Derzi: “O art. 145, § 1º, contém a primeira grande proibição de distinguir entre iguais, específica no Direito Tributário. Ao assegurar a pessoalidade e a graduação segundo a capacidade econômica, esse dispositivo veda a distinção entre aqueles que demonstrem possuir as mesmas forças econômicas.” (In “Nota”, in Aliomar Baleeiro, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 534)

⁴¹³ ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), p. 252.

⁴¹⁴ In *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53. Nesse mesmo sentido, cf. COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 87-88.

dos impostos. Autores que sustentam essa posição apegam-se à concepção de que a capacidade contributiva impõe apenas que o contribuinte não sofra exigências confiscatórias ou que atente contra o seu mínimo existencial, rejeitando o fato de que também não estará atendendo a capacidade contributiva o dispositivo que, respeitando o mínimo existencial e não sendo confiscatório, imponha tributação mais gravosa a um indivíduo que possua menor capacidade econômica para contribuir com as despesas estatais do que outro indivíduo, menos onerosamente gravado. Portanto, sendo a tributação entre esses dois limites obrigatória para qualquer modalidade de imposto, independentemente de sua função fiscal ou extrafiscal, tais autores precipitam-se na conclusão de que a expressão “sempre que possível” não dialoga em nenhum sentido com o mandamento da capacidade contributiva.

Por outro giro, alegar que a expressão “sempre que possível” é meramente expletiva seria ignorar a existência de normas que possuem outras finalidades que não a fiscal e que acabam derogando, ao menos parcialmente, o preceito da tributação conforme a capacidade contributiva. Deve-se ter em mente que às vezes, em razão da busca de objetivos extrafiscais por parte do Estado, não se mostra possível a plena graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica dos indivíduos, sendo concedidos, para contribuintes que se enquadrem em determinado grupo característico, tratamentos tributários comparativamente mais benéficos ou mais gravosos em decorrência de interesses coletivos maiores.

Eis a importância da expressão “sempre que possível”: além de apontar para a preferência do legislador pelos impostos que possuam caráter pessoal, ele dá plenos poderes ao legislador e aplicador do Direito Tributário para que, em vista de objetivos constitucionalmente garantidos situados no campo da extrafiscalidade, seja colocada de lado a graduação dos impostos em função da capacidade econômica dos indivíduos, não se podendo violar, contudo, a intributabilidade do mínimo existencial e a impossibilidade de exigências tributárias confiscatórias. Trata-se de regra constitucional que possui traços de facultatividade, desde que existentes interesses supremos resguardados pela Constituição.

Entendamos melhor o que se quer dizer com o termo “extrafiscalidade”, apontando nesta seara o papel das normas tributárias indutoras.

VI.3. Extrafiscalidade e as Normas Tributárias Indutoras

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer de forma direta ou indireta. A intervenção direta, também denominada intervenção no domínio económico ou intervenção por absorção, é caracterizada pela participação efetiva do Estado em atividade produtiva, atuando em regime concorrencial ou monopolístico. Já a intervenção indireta, ou intervenção sobre o domínio económico, é caracterizada por uma atuação mais externa do Estado, orientando e direcionando o caminho a ser seguido pelos agentes produtivos conforme os interesses desejados, mas sem haver atuação estatal efetiva (ou direta).⁴¹⁵

Quanto à intervenção económica indireta, há algum tempo Eros Roberto Grau a divide em intervenção por direção e em intervenção por indução. Segundo o jurista, a intervenção por direção é dotada de comandos normativos cogentes, que impõem comportamentos a serem necessariamente seguidos tanto pelos agentes económicos privados como pelos agentes estatais. Por outro turno, a intervenção por indução caracteriza-se por ser dotada de normas dispositivas, conferindo alternativas, estimulantes ou gravosas, para que o agente económico opte por aquela que mais lhe convém.⁴¹⁶

Na intervenção indireta do Estado na economia em sua modalidade “intervenção por indução”, vêem-se, de imediato, alguns traços relacionados ao estímulo ou desestímulo de comportamentos, resultante de normas jurídicas indutoras. Essa modalidade de intervenção também ocorre por meio de normas tributárias, em que, por meio da extrafiscalidade corporificada na indução, busca-se criar mecanismos para que o agente económico seja persuadido a adotar uma dada conduta.

Walter Barbosa Corrêa define extrafiscalidade como sendo “*o fenómeno manifestado em algumas leis relativas à entrada derivada, que lhes confere características de consciente estímulo ao comportamento das pessoas e de não ter por fundamento precípua arrecadar recursos pecuniários a ente público*”.⁴¹⁷ Embora realmente a extrafiscalidade não tenha o fim precípua de angariar recursos financeiros ao Estado, não se pode dizer que ela se resume ao estímulo de comportamento, porquanto, em consonância com o outrora exposto quando abordamos as funções das normas tributárias, a extrafiscalidade também

⁴¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Económica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 148-151.

⁴¹⁶ *Op. Cit.* (nota 415), pp. 92-94; 148-151.

⁴¹⁷ *Op. Cit.* (nota 371), p. 54.

pode produzir efeitos em termos de distribuição de riqueza na sociedade ou de simplificação do sistema tributário.⁴¹⁸

Neste diapasão, a definição de extrafiscalidade trazida por Misabel Derzi parece se amoldar mais a todas as nuances que o instituto visa a trazer. Segundo a jurista, “*Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia*”.⁴¹⁹ A indução é, pois, uma das facetas da extrafiscalidade, sendo apenas esta faceta indutora de comportamentos o objeto de nossas atenções neste momento.

Induzir: persuadir, instigar, aconselhar, inspirar, provocar. Com base nessas definições retiradas de renomados dicionários da língua portuguesa, Alcides Jorge Costa destaca que não existe indução quando a norma proíbe ou ordena, mas apenas quando ela permite a adoção de determinado comportamento do indivíduo com vistas a atingir dado fim. Fundado nessas premissas, tece críticas a Schoueri, ao prefaciар livro deste autor sobre as normas tributárias indutoras, pelo fato de ter afirmado que indução seria uma “*ordem para que o sujeito passivo adote certo comportamento*”.⁴²⁰ Em que pese o trecho citado, este não parece ser o real entendimento do tributarista, como se demonstrará adiante.

Quando tem por objetivo atingir determinado fim, o legislador pode fazer com que, por meio de normas tributárias indutoras, seja o comportamento do indivíduo influenciado de tal maneira que aquele fim visado seja alcançado sem qualquer direcionamento obrigatório. Opções são fornecidas ao indivíduo, que tem livre escolha para eleger o caminho que deseja seguir. É de se notar, contudo, que considerando que o comportamento da maioria dos indivíduos será guiado pela racionalidade, por ocasião da elaboração da norma indutora o legislador já possui substanciais indícios de que esta ou aquela alternativa será a predominantemente escolhida.

⁴¹⁸ Ressalva Henry Tilbery que as normas simplificadoras, cuja finalidade seria de evitar excesso de complexidade ou mesmo inviabilidade prática na tributação, apenas podem tomar como base casos-padrão, o que poderia resultar em alguma perda em termos de justiça fiscal. (*Op. Cit.* (nota 198), p. 14)

⁴¹⁹ *Op. Cit.* (nota 412), p. 576.

⁴²⁰ Cf. COSTA, Alcides Jorge. “Prefácio”, in Luís Eduardo Schoueri, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. X.

Com a introdução de normas tributárias indutoras, o legislador fiscal vincula dado comportamento a ser realizado pelo indivíduo a um conseqüente, o qual poderá consistir tanto em vantagens como em agravamentos de natureza tributária.⁴²¹ Poder-se-ia também dizer que na indução o Estado pressiona o contribuinte a realizar determinadas condutas ou a abster-se de outras, em função da política fiscal desenhada.⁴²² Portanto, quando quer induzir o indivíduo à realização de determinado comportamento, o legislador concede incentivos fiscais (vantagens ou estímulos); já quando visa a induzi-lo à abstenção de determinado comportamento, impõe o legislador desincentivos fiscais (agravamentos ou desestímulos). Enquanto que os estímulos normalmente ocorrem mediante isenções fiscais, os desestímulos para alcançar determinado comportamento são geralmente trazidos pelas normas tributárias indutoras por meio da instituição de tributos ou da majoração da carga fiscal já incidente sobre dado evento passível de imposição tributária.

Em suma, quando se fala de normas tributárias indutoras, há que se ter em mente a relação intrínseca que existe entre o antecedente e o conseqüente da regra-matriz de incidência, podendo-se até mesmo cogitar, em termos econômicos mas jamais jurídicos, que nessas situações o conseqüente visado é que acaba por originar o antecedente. O legislador que formula normas tributárias indutoras sempre busca explicitar da forma mais clara possível o conseqüente da regra-matriz de incidência, a fim de que o indivíduo se sinta induzido a praticar, ou não, os aspectos material, temporal e espacial do seu antecedente, isto é, a incorrer ou não no fato gerador de determinada exação, determinando assim a constituição, ou não, de uma relação jurídico-tributária.

Em profundo e acurado estudo a respeito das normas tributárias indutoras, Luís Eduardo Schoueri constata que a intervenção estatal sobre o domínio econômico por meio da indução dá-se através de normas dispositivas, que conferem alternativas ao agente econômico. Este receberia estímulos ou desestímulos que atuam no campo de sua formação de vontade (volitivo), os quais o conduzem a adotar a opção desejada pelo legislador, embora o agente econômico não seja coagido adotá-la.⁴²³ Retomando e combatendo as críticas tecidas por Costa, vê-se claramente que Schoueri, com uma sólida construção doutrinária, não acredita que a indução ocorra através de uma ordem impositiva

⁴²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30.

⁴²² ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), p. 190.

⁴²³ *Op. Cit.* (nota 421), pp. 43-44.

para que determinado comportamento seja adotado, muito embora tenha deixado transparecer o contrário em trecho extraído de sua obra.

Como explicita Lucie Böhm, citada por Schoueri, toda norma tributária de alguma forma produz efeitos no campo econômico. O que diferencia as normas tributárias indutoras das demais normas é que nelas os efeitos econômicos são efetivamente visados pelo legislador, porquanto projetados quando da elaboração das referidas normas.⁴²⁴ Destarte, se com o objetivo de aumentar a arrecadação fiscal o legislador acaba por alcançar efeito de indução de comportamento, a norma instituída não deixará de possuir função arrecadatória. Em outros termos, se o legislador eleva a tributação de determinado item de consumo com o objetivo de aumentar a arrecadação e acaba por tão somente modificar os hábitos dos consumidores – eles passam a consumir outros produtos menos onerados –, não terá tido essa norma função indutora, muito embora tenha induzido comportamento.

Aliomar Baleeiro apresenta diversos exemplos concernentes à tributação extrafiscal, notadamente no seu viés social de indução. Ilustrando algumas das possibilidades de atuação das normas tributárias indutoras, cita os incentivos a novas indústrias por meio de isenção, o estímulo ao restabelecimento da propensão ao consumo mediante impostos progressivos sobre herança e renda poupada e os agravamentos fiscais nos casos de manutenção de latifúndios improdutivos ou desocupados, entre muitos outros exemplos. Relativamente ao objeto deste estudo, o supracitado jurista expõe a possibilidade de se adotar a indução através do instrumento tributário com vistas à *“poupança e formação de capitais”* ou à *“política fiscal para manutenção do equilíbrio econômico pelo controle das tendências à flutuação ou de estímulo ao desenvolvimento econômico, sobretudo nos países novos”*.⁴²⁵

As normas tributárias indutoras, longe de constituírem exceção ao ordenamento posto, surgem em razão da necessidade de atendimento ao mandamento constitucional de atuação positiva do Estado.⁴²⁶ Nem sempre os incentivos promovidos por meio de benefícios fiscais indutores trazem como consequência a mudança de comportamento. Isso pode decorrer de duas razões: (i) desinteresse em seguir o comportamento estimulado; ou

⁴²⁴ In *Das Zweckproblem in der Besteuerung*. Breslau: Anton Schreiber, 1932, p. 32, *apud* Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 421), p. 18.

⁴²⁵ In *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 229-230.

⁴²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo, *op. cit.* (nota 421), p. 87.

(ii) já estar o contribuinte adotando o dado comportamento antes mesmo da concessão do incentivo, sendo então, em termos de indução, indiferente para o agente econômico o estímulo concedido. Nesta segunda hipótese, o contribuinte se torna verdadeiro *free rider*⁴²⁷, usufruindo de vantagens fiscais que não foram originalmente para ele designadas.⁴²⁸

Os ditos impostos extrafiscais são mais propensos para o estabelecimento de instrumentos indutores de comportamento. No Brasil, este é o caso dos impostos sobre o comércio exterior (Imposto de Importação e Imposto de Exportação) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), bem como das diversas modalidades de IOF, imposto que além de poder incidir sobre operações securitárias (IOF/Seguros), atua diretamente sobre a tributação nos mercados financeiro e de capitais (IOF/Câmbio, IOF/Crédito e IOF/Títulos e Valores Mobiliários). Isto porque, a despeito de permanecerem sujeitos à legalidade tributária, trata-se de uma legalidade mitigada, em que o Poder Executivo pode alterar por decreto presidencial as alíquotas dos impostos conforme os interesses nacionais existentes, observadas as condições e os limites estabelecidos em lei, além de a maior parte de tais tributos não estar sujeita nem à anterioridade anual nem à anterioridade nonagesimal.⁴²⁹

Nada obstante existam tributos com notório caráter extrafiscal, tal como o IOF/Câmbio, há outros impostos hábeis a atuar no campo da extrafiscalidade, produzindo efeitos indutores. Este é o caso do Imposto de Renda, objeto deste estudo, que em muitas situações é utilizado como mecanismo de atuação do Estado sobre o domínio econômico, notadamente quando se está perante a tributação da renda nos mercados ora analisados.

VI.4. Conflito entre a Busca da Capacidade Contributiva e a Indução Visando ao Desenvolvimento

Desde a década de 70, com a publicação da 1ª edição do livro “Teoria da Norma Tributária”, Paulo de Barros Carvalho, com a cientificidade que sempre lhe foi traço

⁴²⁷ O conceito de *free rider* é muito utilizado no Direito Concorrencial, com a finalidade de apontar pessoas ou entidades que se aproveitam, intencionalmente ou não, de esforços envidados por outros para usufruir de vantagens econômicas nas suas próprias atividades. Para análise exemplificativa, cf. FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 346-348.

⁴²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo, *op. cit.* (nota 421), p. 51.

⁴²⁹ Exceção feita ao IPI, que desde 2003 se sujeita à anterioridade nonagesimal.

marcante, vem elucidando que a “departamentalização do Direito”, fruto do desenvolvimento histórico do Direito positivo, “*não haverá de esconder a necessária interdependência que deve existir entre os diferentes componentes do sistema jurídico, fazendo com que apareça como um todo, uno e indecomponível*”.⁴³⁰ Qualquer segmentação introduzida no sistema jurídico terá, pois, apenas finalidades didáticas, não se prestando à compreensão plena do Direito. Para se alcançar o desiderato de análise abrangente e precisa do sistema jurídico, deve-se considerar o Direito em sua inteireza, em sua completude, sem interpretá-lo em fatias.

Com efeito, conforme lecionam Klaus Tipke e Joachim Lang, a unidade do ordenamento jurídico fica em risco caso a norma tributária, contra a própria valoração constitucional, negligencie resultados econômicos de regramentos de outros ramos do Direito.⁴³¹ Portanto, quando da análise da compatibilidade de dada incidência tributária com a Constituição Federal, objetivos tipicamente fiscais relacionados à tributação conforme a capacidade contributiva dos indivíduos devem ser sopesados com outros objetivos constitucionalmente postos, ainda que não estritamente vinculados ao Direito Tributário. Neste diapasão, expõe Luís Eduardo Schoueri que “*a consideração dos efeitos das normas tributárias revela que, ao lado dos princípios próprios da Ordem Tributária, também aqueles inseridos na Ordem Econômica devem ser ponderados*”. Para o citado tributarista, isso implica dizer que não se pode desconsiderar a unicidade do fenômeno jurídico com fulcro numa separação, meramente para fins didáticos, entre o Direito Tributário e o Direito Econômico.⁴³²

Este estudo funda-se, em grande parte, no sopesamento de dois mandamentos fincados no texto constitucional, os quais por diversas vezes mostram-se antagônicos, especialmente na tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais: de um lado, a busca quase que incessante da capacidade contributiva, e de outro, a promoção do desenvolvimento econômico. Isto nada mais é, em nosso entender, que um embate entre fiscalidade e extrafiscalidade. O preâmbulo constitucional já nos confere indícios hialinos de que o Constituinte consignou como sendo diretrizes supremas a serem efetivadas pelo

⁴³⁰ In *Teoria da Norma Tributária*. 5ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 76.

⁴³¹ *Op. Cit.* (nota 374), p. 69.

⁴³² In “Livre Concorrência e Tributação”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 11, São Paulo: Dialética, 2007, p. 270.

legislador infraconstitucional a tributação conforme a capacidade contributiva e o desenvolvimento nacional.

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 está disposto que o Estado Democrático que estava sendo então “instituído” teria por objetivo assegurar tanto a igualdade e a justiça (corolários da tributação conforme a capacidade contributiva) como o desenvolvimento (o qual, na arena tributária, é predominantemente visado por via de normas indutoras). Confira-se:

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.**”*
(destacamos)

Para Paulo de Barros Carvalho, tamanha seria a importância do preâmbulo no contexto interpretativo da Constituição Federal que, uma vez enunciado, tornar-se-ia norma válida, porquanto produzido por órgão competente perante o sistema e em consonância com o procedimento nele admitido. Seria o preâmbulo portador de carga prescritiva tal como qualquer outro extrato do Direito posto, distinguindo-se dos demais textos positivados apenas em função da hierarquia, muito embora, em sentido diverso do defendido pelo autor, tenha o Supremo Tribunal Federal estatuído que o preâmbulo constitucional não é dotado de relevância jurídica.⁴³³

A despeito de não anuirmos com a posição de que o preâmbulo constitucional seja norma jurídica, ele constitui importante instrumento a ser utilizado na atividade hermenêutica de interpretação do Direito com vistas à construção de normas. Tendo-se estatuído no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que a igualdade, a justiça e o desenvolvimento são valores ou diretrizes a serem sempre buscados, por óbvio isto não pode de maneira alguma ser desconsiderado pelo legislador infraconstitucional e pelo intérprete do Direito.

⁴³³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros, *op. cit.* (nota 414), pp. 80-94.

Ademais disso, e conferindo maior poder executório a esses valores ou diretrizes contidos no preâmbulo constitucional, o legislador constituinte fez questão de materializá-los no corpo do artigo 3º da Constituição:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;”

Existindo esses tais objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que de um lado exigiriam tributação igualitária e em consonância com a capacidade contributiva dos indivíduos, tal como expressamente estatuído no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, e de outro justificariam a adoção de medidas visando a garantir o desenvolvimento nacional, impõe-se o debate sobre a relação e eventuais conflitos entre eles.

Segundo Fernando Zilveti, conquanto desvinculada da capacidade contributiva, a extrafiscalidade deveria necessariamente respeitá-la, bem como o princípio da igualdade tributária.⁴³⁴ De acordo com o entendimento do autor, a extrafiscalidade não constituiria, então, fundamento para eventual derrogação de uma tributação conforme a capacidade contributiva. A esse entendimento não nos filiamos. Encarando apenas a capacidade contributiva individual, de forma estanque, mostra-se evidente, conforme restou demonstrado alhures, que devem ser vedadas tributações sobre o mínimo existencial ou confiscatórias, isto é, incidências tributárias aquém ou além da capacidade contributiva, respectivamente. Entretanto, na medida em que o mandamento disposto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal impõe graduação dos impostos conforme as diferentes capacidades econômicas existentes, demandando, assim, a comparação entre indivíduos, casos há em que a extrafiscalidade parece romper com a tributação conforme a capacidade contributiva, ainda que parcialmente.

Demonstrando filiar-se a essa mesma orientação, Regina Helena Costa prega que na tributação extrafiscal a capacidade contributiva pode apenas ser parcialmente derogada, uma vez que alguns limites como o mínimo existencial (limite mínimo) e o não-atingimento do confisco (limite máximo) jamais poderão ser violados.⁴³⁵ Percorrendo caminho similar, lecionam Klaus Tipke e Joachim Lang que o mandamento da capacidade

⁴³⁴ *Op. Cit.* (nota 376), p. 197.

⁴³⁵ In *Princípio da Capacidade Contributiva*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 70.

contributiva é critério comparativo próprio de normas de finalidade fiscal, existindo, para normas de fim social, outros princípios que justificam derrogações da capacidade contributiva.⁴³⁶ Podendo o legislador tributário intervir na Ordem Econômica, desvios da capacidade contributiva seriam admissíveis, mas desde que não haja arbítrio e motivos discricionários.⁴³⁷

Tecendo comentários sobre a relação entre a capacidade contributiva e a utilização de impostos com finalidades extrafiscais (*fini sociali*), também Francesco Moschetti afirma que a atenuação ou agravamento da incidência tributária sobre uma capacidade econômica que é formalmente igual à outra possui dois limites: a própria capacidade econômica individual e a exigência coletiva. Destarte, apenas na presença de efetiva capacidade econômica, condição necessária da capacidade contributiva, e de interesse coletivo não arbitrariamente estipulado pelo legislador, mas previsto em outro princípio constitucional, poder-se-iam instituir tratamentos diversos.⁴³⁸

E quando o tratamento desigual legislativamente instituído parece romper com o princípio da igualdade? Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as discriminações são compatíveis com a cláusula igualitária “*apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica*” entre o traço de diferença colhido como critério de *discrímen* e a desigualdade de tratamento legalmente conferida, “*desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”.⁴³⁹ Afirma o administrativista, contudo, que o preceito não abre mão da exigência da igualdade (ou da isonomia).⁴⁴⁰ Ao expor exemplo que se lhe mostra em desacordo com a igualdade – tratamento privilegiado a grandes grupos empresariais em detrimento de empresas de médio porte –, embora reconheça que a concentração de capital eleva a produtividade, ensejando desenvolvimento econômico, afirma o mencionado jurista que essa desigualdade hostiliza elementos constitucionalmente valorados, como a pulverização do mercado e a livre concorrência, e, “*ademais, por tal meio, longe de concorrer para a justiça social (art. 170, caput), tende a fugir dela*”.⁴⁴¹ A justiça, corporificada na isonomia de tratamento, é um valor que se

⁴³⁶ *Op. Cit.* (nota 374), pp. 203.

⁴³⁷ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim, *op. cit.* (nota 374), p. 230.

⁴³⁸ *Op. Cit.* (nota 398), p. 249.

⁴³⁹ *Op. Cit.* (nota 377), p. 17; 37.

⁴⁴⁰ *Op. Cit.* (nota 377), p. 18.

⁴⁴¹ *Op. Cit.* (nota 377), p. 43.

apresenta a Bandeira de Mello como estando intimamente ligado à observância do princípio da igualdade.

Na seara fiscal, sendo atribuída disciplina tributária diversa a pessoas situadas em uma mesma posição relativamente à capacidade econômica de contribuir ao Erário, estar-se-á, em nosso ver, sendo deixado de lado o princípio da igualdade. Com efeito, o critério básico que no Direito Tributário mensura a igualdade ou a desigualdade é a capacidade econômica das pessoas⁴⁴², especialmente quando lidamos com impostos. Quando a capacidade contributiva não é plenamente observada, qualquer desigualdade de tratamento não encontrará respaldo na igualdade tributária, o que implica dizer que outras razões que não o tratamento isonômico entre os indivíduos deverão autorizá-la.

Não obstante, torna-se plenamente justificada uma ruptura do sistema, com a violação da regra da igualdade, na hipótese de se apresentarem motivos materiais para a diferenciação de valores.⁴⁴³ Sendo o desenvolvimento nacional um objetivo tenazmente prestigiado pelo legislador constitucional, torna-se possível o afastamento da igualdade desde que reste peremptoriamente demonstrado que os benefícios decorrentes do prestígio do objetivo extrafiscal buscado por meio da indução compensam os efeitos maléficos do tratamento não-equânime.

Nem se alegue que pelo fato de a igualdade tributária, corporificada no artigo 150, II, da Constituição Federal,⁴⁴⁴ encontrar-se inserta em seção constitucional denominada “Das Limitações do Poder de Tributar”, não poderia jamais ser afastada. Como todo princípio constitucional, a igualdade possui objetivos a ela intrínsecos que devem ser valorados e sopesados em face de outras diretrizes principiológicas trazidas pela Constituição. A consideração da igualdade como sendo um dos limitadores constitucionais ao poder de tributar implica que seu afastamento exige elevado poder argumentativo fundado em outros objetivos resguardados pelo Constituinte, o que não impede, portanto, que seja sopesada em face de outros princípios.

⁴⁴² DERZI, Misabel Abreu Machado, *op. cit.* (nota 412), p. 530.

⁴⁴³ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim, *op. cit.* (nota 374), p. 181.

⁴⁴⁴ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

Exemplo que corrobora a explanação acima pode ser extraído a partir da análise do artigo 151, I, da Constituição de 1988. Este preceito, também inserido na seção “Das Limitações do Poder de Tributar”, impede a instituição de tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, mas expressamente admite a “*concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País*”. À luz da Constituição Federal de 1967, seja antes ou depois das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 1/69, existia essa mesma vedação constitucional ao poder de tributar, porém não se previa de forma expressa a possibilidade de concessão de incentivos fiscais visando ao equilíbrio do desenvolvimento nacional. Poder-se-ia então perguntar: seriam possíveis, antes de 1988, exceções à uniformidade tributária? A resposta é positiva. Sob a égide da Constituição de 1967, cabia ao construtor da norma jurídica a tarefa de sopesar princípios e julgar pelo afastamento, ou não, da tributação não-uniforme *vis-à-vis* outros objetivos constitucionalmente priorizados. Não obstante, vislumbrando a importância do desenvolvimento nacional equilibrado, a Constituição de 1988 apenas efetua prévio sopesamento de princípios e torna indubitável a possibilidade de privilegiar objetivos extraídos da Ordem Social e da Ordem Econômica.

É nesse contexto que deve ser vislumbrada a igualdade tributária. Não é porque ela constitui uma limitação constitucional ao poder de tributar que não se pode afastá-la em face de outros valores constitucionais que merecem ser fomentados em determinadas situações, mesmo inexistindo expressa autorização ao sopesamento de princípios e conseqüente rompimento da igualdade.

Citando Seabra de Godoi, Luís Eduardo Schoueri preconiza que o confronto das normas tributárias indutoras com o princípio da igualdade forneceria três possibilidades ao intérprete. Na primeira, ele poderia considerar como inválida qualquer norma tributária indutora, por ferir o princípio da igualdade. Outra possibilidade seria considerar que as normas tributárias indutoras são compatíveis com o princípio da igualdade, mas não com a capacidade contributiva. Finalmente, haveria a possibilidade de considerar que tanto o princípio da igualdade como a tributação conforme a capacidade contributiva são perfeitamente compatíveis com as normas tributárias indutoras.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ *Op. Cit.* (nota 421), p. 277.

Sem prejuízo a tais considerações, mostra-se-nos possível alternativa diversa dessas três apresentadas pelo jurista, de modo a conciliar o conteúdo disposto nas duas últimas. Tendo em vista que as normas tributárias indutoras não podem negar totalmente o mandamento da capacidade contributiva, por vezes até sendo plenamente compatíveis com ele – o que invalidaria a segunda possibilidade –, mas nem sempre o afirmam de forma plena – isto invalidaria a terceira possibilidade –, filiamo-nos a uma posição intermediária que concilia ambas as alternativas. Conquanto tanto a igualdade tributária como a tributação conforme a capacidade contributiva possam ser plenamente compatíveis com normas tributárias indutoras, nem sempre isto acontece, pois que se tornam possíveis derrogações sobre esses mandamentos. De certa maneira, este também parece ser o entendimento de Misabel Derzi no que tange à capacidade contributiva, para quem ainda que nem sempre ela seja posta de lado pela extrafiscalidade, isto ocorreria em diversas oportunidades de forma parcial – ou, para a autora, até mesmo total –, com discriminações entre pessoas de idêntica capacidade contributiva.⁴⁴⁶

Deve-se ainda se atentar para o importante alerta tecido por Humberto Ávila a respeito das normas que não possuem finalidade fiscal. Expõe o jurista que as normas tributárias extrafiscais não possuem poder justificativo em si, de forma que sua mera existência dispense qualquer análise sobre os motivos da instituição de tratamento desigual entre os contribuintes. Há que ser detalhadamente expostas as razões de se tratar desigualmente duas pessoas, afastando-se, deste modo, a igualdade em dada situação.⁴⁴⁷ Deste modo, exige-se que a justificativa para a instituição de tratamento desigual entre contribuintes não seja meramente presumida, mas demonstrada e comprovada.⁴⁴⁸

Além disso, também propõe Humberto Ávila ser obrigatório que se confirme que a medida do distanciamento da igualdade é proporcional, passando pelos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Destarte, seria necessário comprovar (i) que a medida produz efeitos que contribuem para a realização do fim extrafiscal (adequação), (ii) que a medida é, dentre as disponíveis para atingir a finalidade extrafiscal, a menos restritiva aos direitos envolvidos (necessidade) e (iii) que os efeitos positivos da medida adotada visando à extrafiscalidade superam os eventuais impactos negativos decorrentes do abandono do tratamento igualitário (proporcionalidade

⁴⁴⁶ *Op. Cit.* (nota 412), pp. 546-547.

⁴⁴⁷ *Op. Cit.* (nota 381), p. 197.

⁴⁴⁸ ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 381), pp. 153-154.

em sentido estrito).⁴⁴⁹ Rumo semelhante trilhou Fritz Neumark, citado por Deodato, quando enfaticamente concluiu que questões sobre se o Estado pode adotar medidas extrafiscais perderam sua importância, estando superadas por novas celeumas relacionadas a se as medidas adotadas são apropriadas à realização dos fins a que se propõem.⁴⁵⁰

Finalmente, no que tange à possibilidade de se sopesarem princípios, deixando de lado, por exemplo, a igualdade, para prestigiar determinados princípios da Ordem Econômica, são válidos os destaques trazidos por Misabel Derzi, para quem os incentivos trazidos por normas tributárias indutoras que se prolongarem excessivamente ou servirem à acumulação e à concentração de renda e à proteção de grupos economicamente mais fortes em detrimento da maioria são privilégios intoleráveis, não se moldando ao nosso sistema constitucional.⁴⁵¹ Nos dizeres de Ary Oswaldo Mattos Filho, embora o Estado abra mão de parcela economicamente tributável para que o desenvolvimento dirija-se ao rumo pré-estabelecido, é necessário, de tempos em tempos, que o contexto de atuação da norma seja aferido, verificando-se se o resultado obtido está além da expectativa inicial. Isto possibilitaria maior eficiência e precisão na utilização do instrumento tributário, corrigindo-se eventuais desvios não planejados.⁴⁵²

É de se concluir que sendo a capacidade contributiva a espinha dorsal da justiça tributária, inspirando em substância o princípio da igualdade, as derrogações a tal mandamento devem ter o condão de servir ao Estado Democrático de Direito, apenas se justificando na medida em que estimulam o desenvolvimento da nação como um todo.⁴⁵³

⁴⁴⁹ *Op. Cit.* (nota 381), pp. 162-163.

⁴⁵⁰ Cf. DEODATO, Alberto, *op. cit.* (nota 373), p. 17.

⁴⁵¹ *Op. Cit.* (nota 412), p. 553.

⁴⁵² *Op. Cit.* (nota 221), p. 3.

⁴⁵³ DERZI, Misabel Abreu Machado, *op. cit.* (nota 412), pp. 546-553.

VII. TRIBUTAÇÃO DA RENDA E OS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITALIS

VII.1. Balanceamento entre Capacidade Contributiva e Indução na Tributação da Renda nos Mercados

Expôs-se que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 demonstrou a hialina predileção do Constituinte por valores como a igualdade, a justiça e o desenvolvimento. Inclusive, esses valores foram fincados no corpo dos dispositivos constitucionalmente positivados, onde se estatuiu, no artigo 3º, que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil tanto a construção de uma sociedade justa como a garantia do desenvolvimento nacional. Desta feita, o arcabouço para o conflito entre a tributação conforme a capacidade contributiva e a possibilidade de instituição de normas tributárias indutoras visando ao desenvolvimento foi sendo construído já nas diretrizes preliminares da Carta Constitucional.

Especificamente com relação à tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais, outros dispositivos que não lidam diretamente com a matéria tributária, mas sobremodo a influenciam, merecem ser mencionados num embate com a imposição fiscal que se guie estritamente pelas diferentes capacidades contributivas individuais.

Em primeiro lugar, digno de nota é o artigo 22, XIX, da Constituição Federal, que traz a lume a diretriz de que compete à União legislar sobre “*sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular*”. É de se notar que não se trata de dispositivo explicitamente direcionado à edição de regras tributárias voltadas à movimentação de poupança, mas constitui importante marco no sentido de peremptoriamente destacar, no texto constitucional, a necessidade de se despender tratamento especial a questões envolvendo poupança nacional. Além disso, disciplinando a Ordem Econômica e Financeira, estatui o artigo 192 da Carta Constitucional que o Sistema Financeiro Nacional deve ser “*estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*”. Também não se trata aqui de dispositivo arrolado entre os que disciplinam o sistema tributário, mas é suficiente para demonstrar o intuito do legislador constituinte de que a estruturação dos mercados seja promovida de modo a fomentar o desenvolvimento nacional.

Pois bem. Entre os mais gabaritados juristas vêm-se veementes afirmações de que o Direito deve ser interpretado em sua completude, não se podendo analisar tão somente a “fatia Direito Tributário”, mesmo quando se está perante o exame da pertinência de dada regra relativa à imposição fiscal. Neste sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho que o sistema jurídico deve aparecer como um todo uno e indecomponível, razão pela qual qualquer segmentação entre campos científicos de estudo do Direito deve possuir tão somente finalidade didática.⁴⁵⁴ Desta maneira, todos os extratos da Constituição Federal que sejam importantes para a construção de normas jurídicas concernentes à tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais deverão ser examinados, sendo irrelevante para tanto se tais extratos estão localizados em seções diversas da assim denominada “Ordem Tributária”.

Isto implica dizer que ainda que exista mandamento constitucional relativo ao sistema tributário nacional exigindo a graduação dos impostos conforme as diferentes capacidades econômicas, ele deve ser contraposto a outros mandamentos também contidos no texto constitucional, sopesando-se as diretrizes conflitantes e optando-se pelo objetivo que se mostra mais importante num dado momento para a coletividade.

Nesse contexto devemos nos recordar das lições do economista estadunidense Joseph Stiglitz no sentido de que por mais justa que possa parecer a tributação sobre ganhos e rendimentos provindos do capital, ela tende a reduzir a poupança e os investimentos produtivos.⁴⁵⁵ No entanto, o principal problema dessa temática reside no fato de que por mais que se conclua que o acúmulo de capital deva ser estimulado com vistas ao desenvolvimento, porquanto seriam incentivados a poupança e o investimento – que constituem fatores primordiais para o crescimento econômico sustentável de uma nação –, a sua concentração em poucos agentes não é desejável sob o ponto de vista de distribuição de renda.⁴⁵⁶

Eis que surge dilema semelhante ao vislumbrado na Teoria da Tributação entre equidade e eficiência. No cenário do Direito Tributário, há dispositivos constitucionais que, de um lado, a princípio exigem que o Imposto de Renda seja graduado conforme a capacidade contributiva de cada um, implementando-se, assim, a igualdade na tributação.

⁴⁵⁴ *Op. Cit.* (nota 430), p. 76.

⁴⁵⁵ *Op. Cit.* (nota 102), p. 645.

⁴⁵⁶ LEMGRUBER, Andrea, *op. cit.* (nota 79), pp. 207-208.

Isto implicaria que o capital seja tributado com maior volúpia. Por outra via, outros dispositivos constitucionais há que apontam para a necessidade de se alcançar desenvolvimento econômico por meio de adequada estruturação do aparato financeiro e de mobilização de poupança nacional. Neste caso, exigir-se-ia menor tributação sobre o capital financeiro. Portanto, o embate que surge é entre a busca quase que incessante da capacidade contributiva e a formulação de normas tributárias indutoras que não a atendam plenamente.

Retomando o que foi demonstrado no tópico II.5 deste estudo, embora o mecanismo de tratamento dual da renda aplicado no Brasil e em grande parte dos países inseridos num cenário de economia globalizada não seja idêntico ao modelo de *dual income taxation* adotado nos países nórdicos, também por aqui foi destinada disciplina tributária mais benéfica ao capital, em especial ao capital financeiro. Depara-se então, de um lado, com incentivos fiscais voltados à mobilização de poupança nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, e de outro, com a necessidade de se promover igualdade tributária por meio da tributação conforme as diferentes capacidades econômicas de contribuir para o financiamento das despesas estatais.

Considerando a realidade dos mercados, deve-se recordar que as nações vêm se deparando com a necessidade de mobilizar poupança interna e de atrair capital estrangeiro, com vistas a alcançar o tão desejado desenvolvimento econômico. A circulação de recursos financeiros por meio dos mercados financeiro e de capitais constitui-se requisito fundamental para que se fomente crescimento de longo prazo.⁴⁵⁷ Nelson Eizirik et al. expõem existir ampla evidência, a partir de estatísticas colhidas em diversos países, de que taxas mais altas de crescimento econômico são observadas em países cujos mercados financeiro e de capitais são mais desenvolvidos.⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹ Nessa esteira, Andrea Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima declaram já existir aceitação generalizada dos impactos positivos que um sistema financeiro desenvolvido proporciona na economia em termos de produtividade, acumulação de capital, aumento de poupanças e investimentos, porquanto

⁴⁵⁷ SUGARMAN, David, *op cit.* (nota 182), pp. 3-5.

⁴⁵⁸ *Op. Cit.* (nota 18), p. 3; p. 10.

⁴⁵⁹ Tendo como base os dizeres do *World Economic Forum*, mercados financeiro e de capitais desenvolvidos são aqueles que garantem a adequada alocação de poupança para os setores mais produtivos, canalizando recursos para os projetos empresariais e de investimento com as maiores taxas esperadas de retorno, garantindo o pleno acesso de investidores privados ao capital, tais como os decorrentes de empréstimos, valores mobiliários e outros produtos financeiros. (*Op. Cit.* (nota 27), p. 7)

haveria, além de arcabouço teórico considerável, amplas evidências empíricas para suportar tal assertiva.⁴⁶⁰

Com o apoio de todo um suporte empírico, verifica-se que mercados eficientes são essenciais para sustentar o desenvolvimento de uma nação. Para se alcançar tal desiderato, condições devem ser fornecidas a fim de que o investidor sinta-se estimulado a aportar recursos nos mercados. Nesse contexto estão os incentivos fiscais concedidos no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, em que, para fomentar dado setor da economia com vistas à obtenção de proveitos maiores para a coletividade, abdica-se, parcial ou totalmente, da arrecadação de tributos que seriam devidos nas transações ali performadas, dentre estes o Imposto de Renda.

Aqui está o ponto central para a correta compreensão dos incentivos fiscais concedidos na seara dos mercados, quando os Estados cogitam da diminuição da carga tributária incidente sobre ganhos e rendimentos oriundos de produtos financeiros. O enrijecimento dos mercados financeiro e de capitais não é um bem em si mesmo, havendo motivos subjacentes para que se busque a fortificação dos mercados. Tais motivos são justamente as conseqüências benéficas que mercados altamente produtivos e atraentes para investidores nacionais e estrangeiros, residentes ou não-residentes, geram na economia como um todo, bem como a perspectiva de maior arrecadação em níveis absolutos no médio-longo prazo. Sendo assim, embora se deva estar ciente dos efeitos colaterais danosos que políticas fiscais desmedidas de concessão indiscriminada de incentivos tributários podem produzir, é notório que ajustes na tributação da renda são deveras importantes para a atração de capitais nacionais e estrangeiros com vistas a se atingirem estabilização e crescimento econômico sustentável.

Isto quer dizer que no âmbito da tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais objetivos voltados ao desenvolvimento podem e devem, em determinadas situações, de alguma maneira predominar em face de objetivos fulcrados em igualdade tributária e tributação com base na capacidade contributiva. Em outros termos, objetivos voltados à fiscalidade devem ser sopesados *vis-à-vis* objetivos ligados à extrafiscalidade e, ante os interesses da coletividade que sejam devidamente testados e comprovados empiricamente, deve-se promover a indução do desenvolvimento econômico

⁴⁶⁰ *Op. Cit.* (nota 26), p. 15.

ainda que o custo disto seja abdicar em certa monta do alcance, de modo igualitário, de todas as capacidades contributivas manifestadas na sociedade. Não obstante um sistema tributário justo deva ao máximo ser buscado, numa arena tão específica e fundamental para a sociedade como a dos mercados financeiro e de capitais há a necessidade de se constatar existirem outros objetivos que não a justiça fiscal que, se alcançados, gerarão mais benefícios sociais do que a irrestrita instauração de igualdade na tributação.

Neste mesmo sentido, Kevin Holmes estatui que embora isentar certas categorias de ganhos e rendimentos do montante total de renda tributável viole o princípio da igualdade, outros objetivos de ordem econômica, social ou política suportariam esse rompimento com o aludido princípio, tais como a utilização do mecanismo de imposição fiscal sobre a renda de modo a estimular o crescimento econômico, não podendo os desvios do tratamento equânime serem arbitrários: a igualdade deve ser a regra geral, salvo se presente importante objetivo nacional que exija um rompimento de tal regra.⁴⁶¹ É nessa esteira que caminham os incentivos fiscais concedidos relativamente à tributação da renda sobre aplicações nos mercados financeiro e de capitais.

Devem-se neste momento retomar os dizeres de Humberto Ávila de que a eleição de um parâmetro fundamentado na Constituição Federal para instituir tratamento desigual entre dois ou mais indivíduos ou entre grupos de pessoas não pode colidir com a regra de tributação ou com o regime jurídico constitucional estabelecido para dada obrigação tributária.⁴⁶² Isto implica dizer, por exemplo, que não se pode tributar uma não-renda como se renda fosse (*e.g.*, patrimônio estático) mesmo que se encontre justificativa para tanto, uma vez que, na discriminação constitucional de competências tributárias, apenas se autoriza a tributação de renda efetiva (patrimônio dinâmico), ressalvada a possibilidade de a União instituir imposto sobre grandes fortunas. Nesse giro, encarando-se a capacidade contributiva como uma regra voltada a todos os impostos, mister se faz notar que a sua plena observância não é mandatória em todas as oportunidades, haja vista que o dispositivo que a traz é cristalino no sentido de que apenas “sempre que possível” os impostos deverão ser graduados conforme as diferentes capacidades econômicas, sendo a extrafiscalidade, desde que devidamente fundamentada na Constituição Federal, justificativa plenamente hábil para derogar parcialmente a tributação conforme a capacidade contributiva.

⁴⁶¹ *Op. Cit.* (nota 78), pp. 19-20.

⁴⁶² *Op. Cit.* (nota 381), pp. 62-69.

Aliado a isto, o alerta de Misabel Derzi não pode jamais ser ignorado pelo legislador e pelo aplicador do Direito Tributário: os incentivos trazidos por normas tributárias indutoras que se prolongarem excessivamente no tempo ou servirem à acumulação e à concentração de renda e à proteção de grupos economicamente mais fortes em detrimento da maioria são privilégios intoleráveis.⁴⁶³ Portanto, uma relação de causa e efeito deve periodicamente ser estabelecida e testada para que se comprove que os benefícios fiscais instituídos em favor de alguns estão realmente produzindo efeitos positivos perante a coletividade. Ou, aplicando concretamente os dizeres de Ávila à tributação da renda nos mercados, deve-se verificar se o fim específico e delimitado de fomento ao desenvolvimento nacional possui vínculo fundado e conjugado com os incentivos fiscais que atualmente vêm sendo concedidos nos mercados financeiro e de capitais, a ponto de que, pela compatibilidade e pertinência lógica entre ambos, o dito desenvolvimento possa ser atingido.

Haja vista a existência de dados empíricos que conjugam a relação entre mercados e desenvolvimento e comprovam que mercados financeiro e de capitais pujantes estão intrinsecamente vinculados ao desenvolvimento sócio-econômico sustentável, conclui-se que os incentivos fiscais concedidos para pessoas físicas residentes e para não-residentes no tocante à tributação da renda auferida nos mercados estão em plena consonância com o fim objetivado, razão pela qual restaria constitucionalmente autorizada uma derrogação parcial da tributação conforme a capacidade contributiva em prol de outros interesses valorados na Constituição Federal.

Isto posto, prestam-se as linhas doravante escritas a examinar as adequações e inadequações contidas no ordenamento jurídico-tributário relativamente à tributação da renda obtida nos mercados financeiro e de capitais. Esta análise será efetuada estritamente à luz do Direito Tributário, tendo ficado em momento anterior quaisquer considerações concernentes à Teoria da Tributação. Dessarte, as considerações infra são tecidas em função das regras de tributação constitucional e complementarmente moldadas para o Imposto de Renda, nos termos do artigo 153 da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Tributário Nacional, bem como da solução que propusemos acerca do conflito existente entre a busca quase que incessante da capacidade contributiva e a instituição de normas tributárias indutoras visando ao desenvolvimento nacional.

⁴⁶³ *Op. Cit.* (nota 412), p. 388.

VII.2. Ordenamento Jurídico-Tributário Posto e o Direito Tributário

VII.2.1. Tratamento Privilegiado à “Renda do Capital Financeiro”

Anteriormente à edição da Lei nº 7.713/88, vigia na legislação tributária brasileira um sistema de imposição fiscal sobre a renda que era expressamente tido como cédular. Em tal modelo, segregam-se as modalidades de renda em cédulas que sofrem diferenciados tratamentos tributários em função de como foi auferida. A ele contrapõe-se o sistema tributário global, em que toda renda é sujeita à imposição fiscal de forma conjunta, em princípio sem diferenciação de qualquer estirpe. Com o advento do artigo 4º da Lei nº 7.713/88, estatuiu-se que ocorreria a partir de então a supressão da “*classificação por cédulas dos rendimentos e ganhos de capital percebidos pelas pessoas físicas*”, muito embora em dispositivos desse mesmo diploma legal, bem como em outros posteriormente editados, tenham sido estabelecidos tratamentos tributários diferenciados a determinadas modalidades de ganhos e rendimentos auferidos pela pessoa física.

As décadas que se passaram desde a edição da Lei nº 7.713/88, ainda hoje vigente, demonstraram que a supressão da classificação por cédulas foi meramente formal, porquanto materialmente permaneceram, cada vez mais acentuadas, as distinções entre o tratamento tributário conferido à renda do trabalho e a disciplina fiscal destinada a determinadas modalidades de renda do capital. Essa diferenciação entre a renda do trabalho e a renda do capital fica ainda mais patente quando se observa a disciplina tributária oferecida ao capital financeiro, para o qual existe um amplo conjunto de incentivos fiscais visando a estimular a movimentação da poupança.

Retomando o que já se apresentou alhures, a renda do trabalho sofre a incidência de Imposto de Renda a alíquotas progressivas que podem alcançar até 27,5% (além de uma parcela inicial isenta, são fornecidas pela legislação as alíquotas de 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%). As características primordiais da progressividade oferecida pelo ordenamento jurídico-tributário brasileiro consistem em ser esta estruturada por escalões, com parcelas de renda sendo alocadas a cada uma das alíquotas ainda que se tenha auferido uma enorme quantia de renda, e que o piso para a aplicação da alíquota máxima de 27,5% não é alto a ponto de alcançar apenas vultosas quantias de riqueza nova, o que resulta na constatação de que o ordenamento posto não apresenta uma grande progressividade.

De outra forma, à renda auferida no âmbito dos mercados financeiro e de capitais é conferido tratamento tributário deveras mais benéfico, especialmente na hipótese de se estar lidando com elevados montantes de moeda.⁴⁶⁴ Depara-se nessa situação com isenções sobre ganhos e rendimentos decorrentes de determinadas aplicações financeiras (poupança, certificados de recebíveis imobiliários – CRI, letras de crédito imobiliário – LCI, letras hipotecárias – LH, fundos de investimento imobiliário – FII, ações, dentre outras), com tributação decrescente, entre 22,5% e 15%, sobre aplicações de renda fixa em geral, com tributação fixa em 15% sobre grande parte das aplicações de renda variável (exceto operações de *day-trade*⁴⁶⁵, em que incide a alíquota de 20%) e com tributação decrescente entre 35% e 10% para aplicações em planos de caráter previdenciário e assemelhados, desde que seja efetuada a opção, quando da adesão, por não haver tributação conforme a tabela progressiva.

Aliado a isso, há todo um regime tributário mais benéfico que é conferido ao capital financeiro detido por não-residentes, uma vez que enquanto os rendimentos decorrentes do trabalho por eles exercido são tributados pelo Imposto de Renda à alíquota de 25%, a renda oriunda de investimentos detidos por não-residentes nos mercados financeiro e de capitais pode ser tributada às alíquotas de 10% ou 15% ou mesmo isenta. Maiores detalhes sobre o regime tributário de não-residentes e de pessoas físicas residentes que investem nos mercados nacionais serão apresentados novamente em momento posterior.

Diante deste cenário, não resta dúvida de que, como regra geral, o legislador nacional conferiu tratamento tributário mais privilegiado à renda do capital financeiro em detrimento da renda do trabalho, o que deve ser examinado em vista do sistema tributário constitucionalmente posto.

Em primeiro lugar, impõe-se a análise de se essa disparidade de tratamento tributário entre modalidades de renda se adéqua à moldura constitucional do Imposto de Renda, expressa no artigo 153 da Constituição Federal. Partindo-se da premissa de que se está tributando renda efetiva, deve-se verificar se o mandamento constitucional de que o Imposto de Renda “*será informado pelos critérios [...] da universalidade [...] na forma da*

⁴⁶⁴ Este alerta é importante porque rendimentos não muito elevados decorrentes do exercício de atividades laborais estão alcançados pela isenção de Imposto de Renda ou por alíquotas que muitas vezes são inferiores às alíquotas aplicáveis a determinadas modalidades de renda oriunda do capital financeiro.

⁴⁶⁵ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

lei” exigiria que não houvesse divergência de tratamento tributário entre diferentes modalidades de ganhos e rendimentos. Sendo assim, essencial se faz retomarmos o conceito de universalidade.

Tributação universal é a que alcança a totalidade da renda do contribuinte sem qualquer distinção, isto é, que de alguma forma tributa todos os ganhos e rendimentos auferidos pelo contribuinte. Diferentemente de Ricardo Mariz de Oliveira, o qual sustenta que a universalidade em matéria de Imposto de Renda exigiria a observância da totalidade dos elementos positivos e negativos que compõem determinado patrimônio com vistas à formação de uma “única renda” a ser tributada de uma mesma maneira,⁴⁶⁶ entendemos que a incidência de Imposto de Renda de forma universal permite que diferentes modalidades de renda sejam tributadas de maneira não-uniforme, contanto que haja efetiva sujeição à tributação de todas essas tais modalidades de renda.

Caso cessássemos neste momento nossa análise a respeito do perfil constitucional do Imposto de Renda, acreditando ser suficiente para a resolução da celeuma a compreensão do conceito de universalidade, inexoravelmente alcançaríamos a conclusão de que em determinadas situações a incidência desse imposto sobre aplicações financeiras seria inconstitucional. Isto porque existem algumas isenções previstas na legislação vigente que fazem com que Imposto de Renda não seja devido sobre a renda oriunda do capital financeiro. O problema aqui residiria não no fato de modalidades de renda do capital serem tributadas de forma mais benéfica do que a renda do trabalho – isto seria absolutamente possível de acordo com o nosso conceito de universalidade –, mas que, em certos casos, ganhos e rendimentos oriundos de aplicações financeiras não seriam efetivamente tributados.

Nada obstante a ausência de compatibilidade entre o conceito de universalidade trazido pela Constituição Federal e a sistemática de tributação da renda decorrente do capital financeiro posta no ordenamento jurídico-tributário, deve-se lembrar que os dizeres do Constituinte de que o Imposto de Renda “será informado” pelo critério da universalidade dá plenas margens interpretativas para que se considere que esse critério, bem como os outros dois previstos no inciso I do § 2º do artigo 153 – generalidade e

⁴⁶⁶ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 291), p. 214; OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), pp. 255-257.

progressividade –, não são mandatórios, mas apenas importantes mandamentos de otimização.

Com efeito, afirmar que o legislador constituinte impôs obrigatoria universalidade em matéria de Imposto de Renda seria dizer que em 1988 quis-se romper com a tradição de cerca de seis décadas de conferir, por meio da legislação ordinária, características extrafiscais ao Imposto de Renda. Se o arcabouço legislativo então vigente conferia claros contornos não-universais à exação em debate, necessária universalidade em matéria de Imposto de Renda a partir da Constituição de 1988 implicaria a não-recepção de muitos dos dispositivos então vigentes. No entanto, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos legais que em 1988 não traziam tributação universal demanda intensa força argumentativa, consideramos inconsistente concluir que a universalidade é critério indissociável do Imposto de Renda baseando-se tão somente em uma das interpretações literais possíveis sobre o artigo 153 da Constituição Federal.

Diante disso, julgamos que a posição que merece prosperar é de que o legislador constituinte quis deixar cristalino que, como regra, o Imposto de Renda deverá ser geral, universal e progressivo, em consonância com os objetivos sociais buscados pelo Estado de Direito, mas que, se em face da Constituição Federal existir algum importante objetivo a ser alcançado, poderá o legislador ordinário, se preciso for, relativizar os critérios da generalidade, universalidade e progressividade. É justamente isto que ocorre em matéria de imposição fiscal sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais.

No tópico IV.2.1, em que se abordou tema semelhante sob o espectro da Teoria da Tributação e não do Direito Tributário, apresentaram-se as exposições de motivos das Leis nºs 11.033/04 e 11.053/04, textos normativos que trouxeram regras gerais de tributação sobre o capital financeiro – aplicações em renda fixa, renda variável e planos de benefícios previdenciários e assemelhados –, mais vantajosas do que a disciplina tributária existente no que concerne à tributação da renda do trabalho. Propósitos como “crescimento sustentado da economia” e “geração de emprego e renda” foram trazidos como *mens legislatoris* com vistas a justificar o tratamento tributário mais privilegiado à renda proveniente do capital financeiro. Nesta ocasião, trazem-se à colação interessantes trechos da Exposição de Motivos nº 17/06, onde, embasando a medida provisória convertida posteriormente na Lei nº 11.312/06, com extrema felicidade foram destacados os benefícios objetivados com a isenção a ser conferida a não-residentes relativamente aos

ganhos e rendimentos auferidos em aplicações em títulos públicos federais e em veículos de investimento em *venture capital* e *private equity* (fundos de investimento em participações – FIP, fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em participações – FICFIP e fundos de investimento em empresas emergentes – FIEE):

“[...]

4. A melhoria do perfil da dívida pública, é bem sabido, tem o potencial de induzir implicações positivas para diversas áreas, inclusive para o setor produtivo. A menor volatilidade financeira e a ampliação dos efeitos da política monetária, que podem advir da medida, são apenas os efeitos mais diretos. A melhoria tende a se transmitir a todo o mercado de renda fixa, favorecendo a queda dos custos, o aumento dos prazos e a ampliação das possibilidades de captação de recursos pelas empresas privadas. O barateamento do investimento produtivo é um importante ingrediente para a criação do emprego, o aumento da renda e o crescimento econômico.

5. No médio prazo, com o fortalecimento do mercado de capitais, pode-se esperar que as famílias ampliem seu acesso ao crédito, em especial aos de médio e longo prazo – como é o caso do financiamento imobiliário –, proporcionando um incremento no nível de bem-estar da sociedade.

6. Enfim, os benefícios de uma melhoria do perfil da dívida pública são muitos e não se limitam aos mencionados nos parágrafos anteriores e, sem dúvida alguma, a participação do investidor não residente em condições adequadas contribui de forma significativa para o alcance dessa melhoria. [...]

[...]

10. É notório que uma das principais barreiras à abertura de novos negócios é a dificuldade dos respectivos empreendedores em acessar o mercado de crédito, seja pela ausência de histórico que prove a capacidade de honrar os compromissos a serem assumidos, seja pela ausência de garantias reais que possam ser executadas em caso de inadimplência.

11. Nas principais economias mundiais, desenvolvidas e emergentes, essa lacuna é preenchida pelo capital de risco (*venture capital*). Tais recursos, geralmente organizados via fundos, são captados junto a investidores qualificados e institucionais para investir em empresas de pequeno porte com idéias inovadoras, na maioria das vezes associadas ao desenvolvimento de tecnologia de ponta, as quais apresentam um forte potencial de crescimento, porém com elevado risco.

12. Neste sentido, pode-se considerar o *venture capital* um instrumento para o aumento da competitividade do país, que incentiva não só o empreendedorismo, mas principalmente a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias. Trata-se também de um importante instrumento de atração de recursos externos, o que traz consigo o aprimoramento da prática de governança corporativa e gestão empresarial e financeira, com destaque para empresas de pequeno porte e empreendedoras de novas tecnologias, que poderiam se tornar reféns de práticas ineficientes.

[...]”

Notórios se mostram os efeitos colaterais altamente benéficos da atração de investimentos, nacionais e estrangeiros, para os mercados financeiro e de capitais, o que em grande monta ocorre por meio de incentivos fiscais em matéria de Imposto de Renda.

Tendo em vista que está fincado no artigo 3º, II, da Constituição Federal de 1988 o objetivo de garantia do desenvolvimento nacional, mais que justificada é a não-observância do critério da universalidade em determinadas situações em que, a princípio, ganhos e rendimentos auferidos por residentes ou por não-residentes deveriam estar sujeitos à incidência de Imposto de Renda.

Há quem afirme que as normas relativas à tributação, pelo Imposto de Renda, de ganhos de capital em geral e de ganhos e rendimentos de aplicações financeiras são normas de simplificação que visam primordialmente à praticabilidade na tributação.⁴⁶⁷ Inegavelmente existem nas normas tributárias que disciplinam a tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais alguns elementos que introduzem simplicidade na tributação, tais como incidências na fonte, mas a sua característica principal é a de indução de comportamentos direcionada à mobilização de poupança. Sendo assim, em razão do objetivo de desenvolvimento nacional buscado pelo legislador constituinte, o qual inclusive encontra-se expresso no preâmbulo da Carta Constitucional, torna-se possível a existência de normas tributárias indutoras que visam a fomentar objetivos extrafiscais nos mercados e que motivam a derrogação parcial do mandamento da graduação do Imposto de Renda conforme as diferentes capacidades contributivas dos indivíduos, expresso no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal. Como esse dispositivo impõe a observância da capacidade econômica individual apenas “sempre que possível”, numa situação em que há metas extrafiscais a serem alcançadas não se mostra possível dar plena vazão ao mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva.⁴⁶⁸

VII.2.2. Tratamento Diferenciado entre Aplicações Financeiras

Como detalhadamente exposto no tópico IV.2.2 deste estudo, a história da tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais enfrentou periódicos movimentos pendulares ora no sentido de conferir tratamento equânime para a renda fixa e para a renda variável, ora no sentido de propiciar tratamento privilegiado à renda variável em detrimento da renda fixa. Pode-se dizer que os mais marcantes diplomas legais editados ao longo das últimas duas décadas para introduzir novas tendências no pêndulo tributário dos

⁴⁶⁷ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 306.

⁴⁶⁸ Sempre haverá, contudo, a necessidade de a tributação não ser confiscatória e não atingir o mínimo existencial.

mercados foram as Leis n^{os} 8.981/95, 9.532/97 e 9.959/00,⁴⁶⁹ bem como a Lei n^o 11.033/04, que atualmente disciplina em grande parte a sistemática tributária aplicável a ganhos e rendimentos auferidos nos mercados de renda fixa e de renda variável.

Atualmente, em decorrência de alteração legislativa ocorrida no final de 2004, o pêndulo da tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais está fixado no sentido de fornecer tratamento mais benéfico a aplicações financeiras de renda variável em contraposição a aplicações financeiras de renda fixa, salvo exceções pontuais. Enquanto os produtos de renda fixa em geral são tributados a alíquotas decrescentes de 22,5% a 15% em função do prazo da aplicação – e, no caso de fundos de investimento, também em função do prazo médio da carteira –,⁴⁷⁰ em regra os produtos de renda variável sofrem tributação de 15%, exceto nas operações de *day-trade*⁴⁷¹ realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, tributadas pelo Imposto de Renda à alíquota de 20%.

Além disso, deve-se mencionar que são isentos ou possuem alíquota zero de Imposto de Renda os ganhos e rendimentos oriundos de investimentos em poupança, CRI, LCI, LH, FII, debêntures e outros títulos de renda fixa⁴⁷² e ações, o que acaba por prestigiar determinadas modalidades de aplicações financeiras, bem como que aos não-residentes é oferecido regime especial de tributação que tende a tratar mais beneficentemente os investimentos no mercado de renda variável em detrimento dos investimentos no mercado de renda fixa, o que será retomado em tópico posterior.

⁴⁶⁹ Para maiores detalhes acerca dessas tendências pendulares, revisar tópico IV.2.2.

⁴⁷⁰ As alíquotas aplicáveis para renda fixa são: (i) 22,5%, em aplicações com prazo de até 180 dias; (ii) 20%, em aplicações com prazo de 181 dias até 360 dias; (iii) 17,5%, em aplicações com prazo de 361 dias até 720 dias; e (iv) 15%, em aplicações com prazo acima de 720 dias.

⁴⁷¹ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

⁴⁷² A Lei n^o 12.431/11 traz alguns benefícios pontuais, como alíquota zero aos rendimentos auferidos por pessoas físicas residentes em debêntures emitidas por sociedade de propósito específico constituída para implementar projetos de investimento na área de infra-estrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação e alíquota zero aos rendimentos auferidos por não-residentes em títulos ou valores mobiliários remunerados por taxa de juros pré-fixada, vinculada a índice de preço ou à taxa referencial (TR), vedada a pactuação total ou parcial de taxa de juros pós-fixada, que cumulativamente apresentem: (i) prazo médio ponderado superior a 4 anos; (ii) vedação à recompra do papel pelo emissor nos 2 primeiros anos após a sua emissão e à liquidação antecipada por meio de resgate ou pré-pagamento; (iii) inexistência de compromisso de revenda assumido pelo comprador; (iv) prazo de pagamento periódico de rendimentos, se existentes, com intervalos de, no mínimo, 180 dias; (v) comprovação de que o ativo tenha sido negociado em mercados regulamentados de valores mobiliários; e (vi) procedimento simplificado que demonstre o objetivo de alocar os recursos captados em projetos de investimento, inclusive os voltados à pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Ainda nesse contexto descritivo da tributação nos mercados não se podem olvidar os investimentos em previdência complementar privada, pois que os planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados também podem ser considerados modalidades de investimento financeiro, cujas aplicações são efetuadas nos mercados de renda fixa e de renda variável, estando particularmente estruturados para a finalidade de garantir complementação da renda na fase de aposentadoria.⁴⁷³

Em linhas gerais, a tributação dos investimentos em previdência complementar dá-se somente quando do resgate efetuado pelo participante ou do pagamento de benefícios, podendo a incidência de Imposto de Renda ocorrer apenas sobre os rendimentos auferidos (*e.g.*, VGBL) ou também sobre o principal aportado (*e.g.*, PGBL e FAPI, em que há sistemática de diferimento do Imposto de Renda devido sobre as contribuições efetuadas). De acordo com a Lei nº 11.053/04, por ocasião da adesão a um plano de caráter previdenciário ou assemelhado o beneficiário pode optar por ser tributado conforme tabela progressiva ou de acordo com alíquotas decrescentes. Anteriormente ao referido diploma legal, a tributação ocorria exclusivamente conforme a tabela progressiva. Optando-se pela tabela progressiva, o montante tributável recebido pelo beneficiário será submetido à incidência do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual da pessoa física (alíquota máxima de 27,5%), conjuntamente com outros rendimentos, sujeitando-se, em momento anterior, à incidência na fonte de 15% como antecipação do imposto devido. Por outro lado, é facultada ao beneficiário a escolha pela tributação em consonância com alíquotas decrescentes, exigidas exclusivamente na fonte, que variam entre 35% e 10% em função do prazo de acumulação.⁴⁷⁴

Diante dessas considerações, analisemos a adequação desse tratamento diferenciado entre aplicações financeiras *vis-à-vis* o sistema constitucional-tributário vigente.

Também nesta hipótese em que há tratamento díspar entre modalidades diferentes de investimentos destaque deve ser conferido à atuação em concreto do critério da

⁴⁷³ Para estudo minucioso e criterioso a respeito dos investimentos em previdência complementar, cf. GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares, *op. cit.* (nota 202).

⁴⁷⁴ As alíquotas decrescentes aplicáveis para investimentos em previdência complementar são: (i) 35%, para recursos com prazo de acumulação inferior ou igual a 2 anos; (ii) 30%, para recursos com prazo de acumulação superior a 2 anos e inferior ou igual a 4 anos; (iii) 25%, para recursos com prazo de acumulação superior a 4 anos e inferior ou igual a 6 anos; (iv) 20%, para recursos com prazo de acumulação superior a 6 anos e inferior ou igual a 8 anos; (v) 15%, para recursos com prazo de acumulação superior a 8 anos e inferior ou igual a 10 anos; e (vi) 10%, para recursos com prazo de acumulação superior a 10 anos.

universalidade em matéria de Imposto de Renda. Em consonância com o exposto no tópico antecedente, a incidência do Imposto de Renda de maneira universal exigiria que toda a renda dos indivíduos, sem qualquer distinção, fosse tributada, independentemente de se a determinadas modalidades de ganhos e rendimentos seja propiciado tratamento tributário mais benéfico do que a outras modalidades. Isto acarreta dizer que o fato de serem prestigiados dados tipos de aplicações financeiras em detrimento de outros não vai de encontro com o critério da universalidade, estipulado para o Imposto de Renda no artigo 153, III, da Constituição Federal. Ferimento ao supramencionado critério apenas ocorreria nas situações em que não se tributam ganhos e rendimentos, sejam eles provindos de aplicações de renda fixa ou de aplicações de renda variável, pois que não estaria sendo abrangida pelo Imposto de Renda a totalidade dos proventos auferidos pelo contribuinte.

Não obstante, deve-se mais uma vez clarificar, na linha do que expusemos no tópico anterior, que o critério da universalidade não é exigido em todas as situações pelo legislador constituinte. Fosse tal critério sempre requerido, dever-se-ia peremptoriamente concluir que a Constituição Federal promulgada em 1988, além de romper com a tradição histórica brasileira de buscar objetivos extrafiscais de indução na tributação da renda, não teria recepcionado muitos dos dispositivos então vigentes na legislação ordinária, veiculadores de incentivos fiscais. Deste modo, não merece prosperar outra interpretação que não a que prega que o Constituinte, ao estatuir que o mencionado imposto será informado pelo critério da universalidade, apenas quis deixar expressa a sua predileção pela adoção de tal mandamento sempre que houver imposição fiscal sobre a renda, o que não impediria, contudo, que em face de objetivos constitucionalmente justificados, a tributação universal fosse abandonada em determinadas ocasiões.

Apresentaram-se, no tópico antecedente, justificativas para que se institua tratamento tributário desigual entre a renda do trabalho e modalidades de renda do capital, notadamente o financeiro, não se dando pleno cumprimento, pois, ao corolário da tributação conforme a capacidade contributiva. Essas justificativas encontram-se primordialmente fundamentadas na busca do desenvolvimento nacional, com normas tributárias indutoras atuando de modo a fomentar a circulação monetária nos mercados, mobilizando poupança e conseqüentemente gerando crescimento econômico sustentado, emprego e renda. Coloca-se, neste momento, questão mais delicada, de se haveria razão para instituir tratamento desigual entre diferentes modalidades de aplicações financeiras.

Tanto em análises inter-sistêmicas (renda fixa x renda variável) como em análises intra-sistêmicas (renda fixa x renda fixa / renda variável x renda variável), a resposta é positiva. Visualizando o embate sob o prisma inter-sistêmico, caso o instrumento tributário não seja utilizado de forma a prestigiar a renda variável em detrimento da renda fixa, não se conseguirá maciça atração de recursos ao mercado de capitais, porquanto ainda que os retornos financeiros brutos esperados sejam mais elevados do que os propiciados por aplicações de renda fixa, o risco passa a ser fator mais predominante na análise do investidor, notadamente se pessoa física. Sob o prisma intra-sistêmico, a importância de se conferirem tratamentos tributários diferenciados dentro do mercado de renda fixa e dentro do mercado de renda variável pode ser resumida das seguintes maneiras: (i) com tributação neutra no mercado de renda fixa, não aparecem motivos financeiros racionais para que poupadores direcionem seus recursos para depósitos em poupança em vez de aportá-los em títulos públicos ou em conservadores fundos de investimento em renda fixa, os quais, em regra, conferem aos investidores remuneração bruta mais atrativa do que depósitos em poupança; (ii) a neutralidade tributária no mercado de renda variável não desestimularia investidores a aplicarem recursos em operações de *day-trade*⁴⁷⁵ no mercado de capitais, o que acarretaria efeitos econômicos indesejados, porquanto tais operações são altamente especulativas e não têm o condão de propiciar crescimento sustentável e desenvolvimento nacional.

Destarte, em face de motivos constitucionalmente justificados, torna-se possível que não se tribute de forma equânime ganhos e rendimentos provindos de diferentes fontes. Haja vista os objetivos supremos que são almejados com a tributação da renda de maneira diferenciada, ora prestigiando aplicações de renda fixa ora fomentando aplicações em renda variável, o rompimento com a igualdade tributária e com o mandamento da capacidade contributiva é autorizado pelos preceitos que regem o sistema tributário pátrio.

VII.2.3. Incidências Proporcionais e Decrescentes

Demonstrou-se que na tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais praticamente inexitem incidências tributárias progressivas. Esta modalidade de

⁴⁷⁵ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

tributação pode ser verificada tão somente sobre a renda decorrente de investimentos em previdência complementar, e isto apenas na medida em que o contribuinte, quando da adesão a planos de benefícios previdenciários ou assemelhados, não efetuar a opção pela sistemática decrescente de incidência do Imposto de Renda. Predominam nos mercados as tributações proporcionais e decrescentes.

A incidência do Imposto de Renda de maneira proporcional é muito comum no mercado de renda variável. Sobre ganhos e rendimentos auferidos em razão de aplicações financeiras de renda variável efetuadas por pessoas físicas residentes ou por não-residentes torna-se devido o Imposto de Renda à alíquota de 15%, ou de 20% nas operações de *day-trade*⁴⁷⁶. Adicionalmente, no que tange aos não-residentes, submetidos ao regime especial de tributação destinado àqueles que cumpram com determinados pré-requisitos – o que será aprofundado em tópico posterior –, são previstas incidências tributárias diferenciadas de 10% e de 15% sobre rendimentos auferidos nos mercados de renda fixa e de renda variável.

A tributação decrescente é geralmente observada no mercado de renda fixa. Pessoas físicas residentes e quaisquer não-residentes sujeitos ao regime geral de equiparação a residentes sofrem incidência de Imposto de Renda sobre rendimentos oriundos de aplicações de renda fixa a alíquotas decrescentes que variam entre 22,5% e 15% nos termos a seguir dispostos: (i) 22,5%, em aplicações com prazo de até 180 dias; (ii) 20%, em aplicações com prazo de 181 dias até 360 dias; (iii) 17,5%, em aplicações com prazo de 361 dias até 720 dias; e (iv) 15%, em aplicações com prazo acima de 720 dias.

A modalidade decrescente de incidência do Imposto de Renda também é observada, de forma facultativa, nos investimentos em previdência complementar, para que são previstas alíquotas variando entre 35% e 10% da seguinte maneira: (i) 35%, para recursos com prazo de acumulação inferior ou igual a 2 anos; (ii) 30%, para recursos com prazo de acumulação superior a 2 anos e inferior ou igual a 4 anos; (iii) 25%, para recursos com prazo de acumulação superior a 4 anos e inferior ou igual a 6 anos; (iv) 20%, para recursos com prazo de acumulação superior a 6 anos e inferior ou igual a 8 anos; (v) 15%, para

⁴⁷⁶ Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

recursos com prazo de acumulação superior a 8 anos e inferior ou igual a 10 anos; e (vi) 10%, para recursos com prazo de acumulação superior a 10 anos.

Em ambos os casos em que se depara com alíquotas decrescentes de Imposto de Renda incidente sobre ganhos e rendimentos auferidos nos mercados, nota-se claramente o desestímulo, por meio do instrumento tributário, a que o investidor liquide suas aplicações no curto prazo (mercado de renda fixa) ou no curto-médio prazo (planos de benefícios previdenciários ou assemelhados), incentivando-o a mantê-las por mais tempo.

Pois bem. Constatado que a incidência do Imposto de Renda por meio de alíquotas proporcionais e decrescentes é uma realidade no ordenamento jurídico-tributário nacional, a indagação que se faz é se isto se amolda ao perfil constitucional do Imposto de Renda e ao mandamento segundo o qual os impostos serão graduados conforme a capacidade econômica dos indivíduos.

Sobre o fato de a progressividade ter sido estipulada pelo artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988 como um dos três critérios que, ao lado da generalidade e da universalidade, orientariam o legislador ordinário na confecção de normas relativas ao Imposto de Renda, apropriamo-nos dos comentários já tecidos nos tópicos precedentes: conquanto haja predileção pelo Imposto de Renda progressivo, o critério em comento não é mandatório em todas as situações, podendo ser abdicado desde que existam motivos constitucionalmente justificáveis para tanto. E tais motivações existem: fomentar a aplicação nos mercados, alongar o perfil da dívida pública federal, frear movimentos financeiros meramente especulativos, estimular investimentos de longo prazo em previdência complementar, entre outras. Diante disso, o perfil constitucional do Imposto de Renda também se adéqua a alíquotas proporcionais e decrescentes, e não somente a alíquotas progressivas.

Não obstante, remanesce a discussão sobre se o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva impõe a aplicação de alíquotas progressivas, rejeitando todas as demais modalidades de incidência tributária. Julgamos que não. A afirmação de que apenas a progressividade estaria em consonância com a capacidade contributiva parece-nos incorreta, o que, todavia, não implica dizer que tanto a proporcionalidade como a tributação decrescente sejam plenamente compatíveis com tal mandamento. Não se podem

analisar de forma conjunta essas técnicas de tributação, pois o exame de cada uma dessas modalidades de imposição fiscal nos conduz a resultados distintos.

Em primeiro lugar a análise da proporcionalidade. A despeito de não anuirmos com a posição já externada por renomados juristas brasileiros⁴⁷⁷ e estrangeiros⁴⁷⁸ no sentido de que o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva necessariamente conduziria o legislador ordinário à aplicação de alíquotas proporcionais, e não progressivas – porquanto para eles alíquotas progressivas seriam expressão de tributações extrafiscais –, não se pode olvidar que a proporcionalidade atinge com esmero o corolário da observância das capacidades econômicas individuais quando da instituição de impostos. Portanto, alíquotas proporcionais são plenamente compatíveis com a tributação conforme a capacidade contributiva estatuída pelo artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Outra é a conclusão alcançada quando se examina a tributação decrescente. A incidência do Imposto de Renda de acordo com alíquotas decrescentes não se molda com primor ao mandamento da tributação conforme as diferentes capacidades contributivas manifestadas na sociedade, porquanto estabelece verdadeira regressividade em matéria de Imposto de Renda. Nas tributações decrescentes como as que são observadas nos mercados financeiro e de capitais, que não levam em consideração o montante auferido, mas o lapso temporal transcorrido entre a aquisição e a liquidação da aplicação financeira, nota-se que o mandamento da capacidade contributiva não é plenamente cumprido, haja vista que as pessoas que têm condição financeira de permanecer por prazo maior numa aplicação sem precisar liquidá-la são justamente aquelas que, em tese, possuem maior poderio econômico.

Mesmo sendo verdade o que afirmamos no parágrafo anterior, não se pode dizer que as incidências decrescentes que tenham efeito de regressividade são inconstitucionais. Isto porque, em face de tudo quanto foi até aqui construído, a instituição de normas tributárias indutoras visando ao desenvolvimento nacional por meio do fortalecimento dos mercados constitui excelente justificativa para a derrogação parcial do mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva. Neste sentido, quanto ao uso do instrumento tributário de modo a estimular ou desestimular comportamentos de acordo com os interesses

⁴⁷⁷ Cf. ÁVILA, Humberto, *op. cit.* (nota 311), p. 387; ZILVETI, Fernando Aurelio, *op. cit.* (nota 376), pp. 181-184.

⁴⁷⁸ Cf. LANG, Joachim, *op. cit.* (nota 75), pp. 9-10.

prevalentes na coletividade, são válidas as lições de Misabel Derzi, que reza que o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a possibilidade de adoção de alíquotas regressivas para se alcançar tal desiderato.⁴⁷⁹

VII.2.4. Tributações na Fonte (Exclusivas e Antecipações)

A tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais convive em larga escala com incidências na fonte, seja de forma exclusiva e definitiva ou a título de antecipação do Imposto de Renda devido.

No que tange à tributação de ganhos e rendimentos provenientes de aplicações financeiras efetuadas por pessoas físicas residentes e por não-residentes, inclusive em quotas de fundos de investimento, em regra ela ocorre por meio de incidências exclusivas e definitivas na fonte. Nessas situações, cabe à fonte pagadora apurar o *quantum* devido a título de Imposto de Renda sobre os ganhos e rendimentos dos investidores, efetuar a retenção cabível e recolher o montante correspondente ao Erário. Ao contribuinte pessoa física residente caberia apenas o dever instrumental de informar às autoridades fiscais federais, em declaração anual, os ganhos e rendimentos auferidos e a respectiva incidência de Imposto de Renda, não possuindo o contribuinte não-residente obrigação nesse sentido.

É assim que funciona no mercado de renda fixa, em que a tributação em regra ocorre exclusivamente na fonte a alíquotas que variam entre 22,5% e 15%. Também sobre aplicações em fundos de investimento, independentemente da modalidade e composição da carteira, como regra geral a incidência do Imposto de Renda ocorre única e exclusivamente na fonte. Outrossim, tendo sido efetuada a opção pela tributação conforme alíquotas decrescentes em planos de benefícios de caráter previdenciário e assemelhados, o Imposto de Renda incidirá de forma exclusiva e definitiva na fonte a alíquotas que variam entre 35% e 10%.

De forma diversa, outras hipóteses há em que a legislação tributária requer a incidência na fonte de Imposto de Renda sobre ganhos e rendimentos oriundos de aplicações financeiras apenas a título de antecipação do imposto total devido. Isto ocorre, por exemplo, sobre a renda decorrente de operações realizadas em bolsas de valores, de

⁴⁷⁹ *Op. Cit.* (nota 412), pp. 576-577.

mercadorias, de futuros e assemelhadas⁴⁸⁰. Nesta hipótese, em que a incidência do Imposto de Renda em períodos de apuração mensais leva em consideração os ganhos líquidos auferidos pelo beneficiário, ou seja, o resultado positivo obtido nas operações realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações, a legislação tributária exige a incidência de Imposto de Renda na fonte, a título de antecipação, à alíquota de 0,005%, sobre: (i) a soma algébrica, se positiva, dos ajustes diários nos mercados futuros; (ii) o resultado, se positivo, da soma algébrica dos prêmios pagos e recebidos no mesmo dia nos mercados de opções; (iii) nos mercados a termo, a diferença, se positiva, entre o preço a termo e o preço a vista na data da liquidação (quando houver a previsão de entrega do ativo na data do seu vencimento) ou o valor da liquidação financeira previsto no contrato (quando houver liquidação exclusivamente financeira); ou (iv) o valor da alienação, nas operações com ações, ouro ativo financeiro e outros valores mobiliários negociados nos mercados à vista, inclusive no mercado de balcão com intermediação.⁴⁸¹ Com relação aos rendimentos auferidos em operações de *day-trade*⁴⁸² realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, a incidência de Imposto de Renda na fonte dá-se à alíquota de 1%, também como antecipação do imposto devido pela pessoa física residente.

Ademais, no que tange a investimentos financeiros em previdência complementar, deve-se notar que também é possível haver incidência na fonte de Imposto de Renda como antecipação do devido sobre os benefícios obtidos, e não apenas a retromencionada incidência exclusiva e definitiva na fonte a alíquotas decrescentes. Isto é passível de

⁴⁸⁰ São consideradas assemelhadas às bolsas as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da CVM.

⁴⁸¹ A retenção de 0,005% também é exigida de não-residentes que estejam domiciliados em paraíso fiscal, assim entendida, para fins da legislação aplicável aos mercados, a jurisdição que não tribute a renda ou que a tribute a uma alíquota inferior a 20%. De acordo com a regulamentação fiscal aplicável (Instrução Normativa RFB nº 1.037/10), são considerados paraísos fiscais, para quaisquer fins tributários, as seguintes jurisdições: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Kiribati; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Qeshm; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; Ilhas de Santa Helena; Santa Lúcia; Federação de São Cristóvão e Nevis; Ilha de São Pedro e Miguelão; São Vicente e Granadinas; Seychelles; Ilhas Solomon; St. Kitts e Nevis; Suazilândia; Suíça (os efeitos de sua consideração como paraíso fiscal estão suspensos por força do Ato Declaratório Executivo RFB nº 11/10); Sultanato de Omã; Tonga; Tristão da Cunha; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

⁴⁸² Considera-se *day-trade* a operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em uma mesma instituição intermediadora, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

ocorrer caso se opte pela sistemática progressiva de tributação, em que há a exigência na fonte de 15% a título de Imposto de Renda como antecipação do devido na declaração de rendimentos da pessoa física.

Como bem asseverou Regina Helena Costa, as regras tributárias relativas à incidência de Imposto de Renda sobre aplicações financeiras são dotadas de normas de simplificação que visam a instituir a denominada praticabilidade tributária.⁴⁸³ Embora a simplificação não seja o viés extrafiscal preponderante quando se analisa a tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, mas sim a indução, ela também é buscada pelo legislador nacional, especialmente quando institui incidência de Imposto de Renda na fonte, seja de maneira exclusiva ou a título de antecipação.

Na incidência exclusiva na fonte, a simplificação é instaurada tanto para o Fisco como para o contribuinte, reduzindo-se os custos de administração fiscal e os custos de cumprimento (*compliance*) em relação às obrigações tributárias devidas, ao passo que a simplificação existente na incidência na fonte a título de antecipação opera-se tão somente em favor do Fisco, que obterá informações precisas das fontes pagadoras sobre operações efetuadas no âmbito dos mercados.

A principal discussão existente na seara do Direito Tributário acerca das tributações na fonte ocorre quando se está perante a incidência exclusiva, em que não se capta a totalidade do acréscimo patrimonial propriamente dito do contribuinte. Deve-se então perquirir se o artigo 43 do Código Tributário Nacional permite a incidência de Imposto de Renda independentemente da verificação de efetivo acréscimo patrimonial em um dado lapso temporal, fazendo com que o imposto incida, de maneira separada, sobre itens de ganhos e rendimentos dos contribuintes.

O inciso I do artigo 43 do Código Tributário Nacional estatuiu que renda é “o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”, e o inciso II desse mesmo artigo estabeleceu que proventos de qualquer natureza são “os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”. Embora a construção prevalente na doutrina nacional seja de que o mencionado inciso II deixaria claro que tanto proventos de qualquer natureza como renda pressuporiam acréscimo patrimonial, fato é que há outras interpretações que podem ser construídas a partir de tal preceito, como o fez Luís Eduardo

⁴⁸³ *Op. Cit.* (nota 467), p. 306.

Schoueri quando expressou que artigo 43 do Código Tributário Nacional certamente explicita uma zona de intersecção que compreende os casos de renda-produto que implicam acréscimo patrimonial – eis a razão da expressão “demais acréscimos patrimoniais” –, mas nem por isso afasta a possibilidade de, nos termos do inciso I, incidir Imposto de Renda sem que haja, necessariamente, incremento de patrimônio medido entre dois momentos.⁴⁸⁴

Conforme demonstrado alhures, cremos que o legislador complementar explicitou sua predileção pela teoria da renda-acréscimo, mas deixou margens interpretativas para que o Imposto de Renda incida independentemente da existência de acréscimo patrimonial medido após um intervalo de tempo. Autoriza-se, assim, que o Imposto de Renda incida sobre ganhos e rendimentos de forma individualizada, mas exige-se uma justificativa para tanto. Não se pode, sem que haja motivo constitucionalmente válido para tanto, tributar o que não constitua acréscimos patrimoniais ocorridos ao longo do tempo, pois são eles que com maior propriedade revelam a existência de riqueza nova. Justificativas válidas perante o perfil constitucional do Imposto de Renda para que haja incidência exclusiva na fonte podem ocorrer tanto no caso da tributação dos não-residentes – pois que seria impraticável medir o efetivo acréscimo patrimonial global de tais pessoas –, como na hipótese de incidência tributária sobre a renda auferida nos mercados financeiro e de capitais – onde, além da questão da praticabilidade, impera a necessidade de conferir tratamentos tributários individualizados com vistas a fomentar dado setor produtivo.

Não se pode olvidar, contudo, que a Constituição Federal exige que sempre se tribute a renda líquida, e não a renda bruta – a qual equivaleria a uma mera receita –, o que implica dizer que ainda que se exija Imposto de Renda de forma exclusiva e definitiva na fonte, a base de cálculo do imposto deverá sempre ser o ganho efetivo, permitindo-se a dedução, do numerário total obtido, dos custos e despesas indispensáveis para a obtenção de ganho ou rendimento (*e.g.*, custo de aquisição da aplicação financeira, despesas com emolumentos e corretagem).

⁴⁸⁴ *Op. Cit.* (nota 323), pp. 246-248.

VII.2.5. *Tributações Analíticas e Sintéticas*

Os ganhos e rendimentos auferidos nos investimentos de renda fixa e nos investimentos de renda variável são apurados de modo diferente.

Nas aplicações financeiras de renda fixa, a base de cálculo do Imposto de Renda será constituída pela diferença positiva entre o valor de alienação, líquido do IOF (Títulos e Valores Mobiliários), quando couber, e o custo de aquisição de tais aplicações. O resultado de cada ativo negociado formará, única e exclusivamente, uma base de cálculo para a incidência do Imposto de Renda, independentemente de poder haver, no mesmo mês, outros ativos de renda fixa sendo negociados.

Por outro lado, nas aplicações financeiras de renda variável, a base de cálculo constituir-se-á pelos ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros.⁴⁸⁵ Para fins de apuração do Imposto de Renda incidente mensalmente sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas nas operações nos mercados à vista, de opções, futuros e a termo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos, no próprio mês ou em meses subseqüentes, inclusive em anos-calendários posteriores, em outras operações realizadas em quaisquer desses mercados de renda variável.

⁴⁸⁵ Nos *mercados à vista*, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

Nos *mercados futuros*, o ganho líquido será o resultado positivo da soma algébrica dos ajustes diários por ocasião da liquidação dos contratos ou da cessão ou encerramento da posição, em cada mês.

Nos *mercados a termo*, o ganho líquido será constituído: (i) no caso do comprador, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data da liquidação do contrato a termo e o preço nele estabelecido; (ii) no caso do vendedor descoberto, pela diferença positiva entre o preço estabelecido no contrato a termo e o preço da compra à vista do ativo para a liquidação daquele contrato; e (iii) no caso de vendedor coberto, pela diferença positiva entre o preço estabelecido no contrato a termo e o custo médio de aquisição do ativo.

Nos *mercados de opções*, o ganho líquido será constituído de formas diferentes a depender da operação e da posição considerada. Nas operações tendo por objeto a negociação da opção (prêmio), o ganho líquido será constituído pelo resultado positivo apurado no encerramento de opções da mesma série. Já nas operações de exercício da opção, temos os seguintes cenários quanto à constituição do ganho líquido: (i) no caso do titular (comprador) de opção de compra, pela diferença positiva entre o valor da venda à vista do ativo na data do exercício da opção e o preço de exercício da opção, acrescido do valor do prêmio; (ii) no caso do lançador (vendedor) de opção de compra, pela diferença positiva entre o preço de exercício da opção, acrescido do valor do prêmio, e o custo de aquisição do ativo objeto do exercício da opção; (iii) no caso do titular (comprador) de opção de venda, pela diferença positiva entre o preço de exercício da opção e o valor da compra à vista do ativo, acrescido do valor do prêmio; e (iv) no caso do lançador de opção de venda (vendedor), pela diferença positiva entre o preço da venda à vista do ativo na data do exercício da opção, acrescido do valor do prêmio, e o preço de exercício da opção.

Diz-se, assim, que a incidência do Imposto de Renda no mercado de renda fixa é efetivada de maneira analítica, investimento por investimento, ao passo que no mercado de renda variável a referida incidência ocorre de forma sintética, consolidando-se os resultados das diversas aplicações presentes e pretéritas. Isto significa que para a apuração da base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre investimentos de renda fixa, analiticamente se registram, item por item, os resultados positivos ou negativos de cada uma das aplicações negociadas em dado mês, enquanto que para a apuração da base de cálculo em investimentos de renda variável, sintetizam-se mensalmente os ganhos e perdas computados nas diversas aplicações existentes e tributa-se tão somente o valor líquido verificado, sendo possibilitada, ainda, a compensação de perdas computadas em períodos de apuração antecedentes.

Um exemplo singelo poderá auxiliar na compreensão das duas sistemáticas. Considere-se que em dado mês foram efetuadas duas negociações diversas com aplicações financeiras, tendo uma delas gerado resultado positivo de \$ 300 e a outra tendo resultado em perda de \$ 60. Ainda, considere-se que no mês antecedente houve uma negociação com aplicações financeiras que acarretou perda de \$ 110. Caso estejamos diante de aplicações financeiras de renda fixa, deverá ser efetuado pagamento de Imposto de Renda sobre a base de \$ 300, não obstante em termos globais o contribuinte apenas tenha computado ganho no montante de \$ 130 ($\$ 300 + (\$ 110) + (\$ 60)$), uma vez que nesta situação não há a possibilidade de somente considerar o total líquido das transações efetuadas no mês, tampouco de utilização do saldo das perdas computadas em determinado período para compensação em exercício posterior.⁴⁸⁶ De outra maneira, se na situação em comento estivermos lidando com aplicações financeiras de renda variável, o Imposto de Renda será devido apenas sobre \$ 130 ($\$ 300 + (\$ 110) + (\$ 60)$), pois os resultados negativos

⁴⁸⁶ É importante salientar que no mercado de renda fixa também existe a possibilidade de haver resultados negativos, o que poderia ocorrer, por exemplo, em alienações de títulos com deságio ou no resgate de fundos de renda fixa que possuam em sua carteira valores mobiliários de renda variável que não tenham tido bom desempenho. As operações de swap constituem exemplo peculiar, pois mesmo podendo possuir potencial de gerar resultados negativos, o legislador tributário impreterivelmente atribui-lhes a característica de investimento em renda fixa.

Mencione-se ainda o alerta tecido por Paulo Bento et al., no sentido de que os índices, taxas ou cotações relativos a aplicações financeiras pós-fixadas (renda fixa) também podem apresentar variação negativa, acarretando perda consistente no recebimento de valor inferior ao originalmente investido. (cf. BENTO, Paulo; MALHEIRO, Rafael; CASTILHO, Ramon; BATISTON, Renato; COELHO, Renato, *op. cit.* (nota 212), p. 60)

computados no mesmo mês de apuração ou em períodos antecedentes podem ser utilizados para compensar os resultados positivos correntes.⁴⁸⁷

No tocante aos fundos de investimento, a incidência do Imposto de Renda situa-se num interregno híbrido de tributação analítica e sintética. Se por um lado a tributação é analítica por não ser permitida a consideração conjunta de ganhos e perdas apurados nos investimentos em modalidades diferentes de fundos, sujeitos a classificação diversa, é sintética em razão de as perdas apuradas no resgate de quotas poderem ser compensadas com rendimentos auferidos em resgates ou incidências posteriores, no mesmo fundo ou em outro fundo de investimento administrado pela mesma pessoa jurídica, desde que sujeitos à mesma classificação. Para tanto, deve a instituição administradora manter sistema de controle e registro em meio magnético que permita a identificação, em relação a cada quotista, dos valores compensáveis.

Cotejando a temática da tributação analítica em contraposição à tributação sintética da renda auferida nos mercados sob o espectro do Direito Tributário, logo vem à tona a indagação sobre se é possível, ante os perfis constitucional e complementar do Imposto de Renda, que não se permita a consolidação dos resultados obtidos em aplicações financeiras de renda fixa para fins de incidência de tal exação.

Caso se adotasse o posicionamento de Mariz de Oliveira sobre o conceito de universalidade e sobre o grau de vinculação dos critérios dispostos no artigo 153, III, da Constituição Federal para efeito de incidência do Imposto de Renda, peremptoriamente concluir-se-ia que tributações analíticas são incompatíveis com o perfil constitucional dessa exação por não propiciarem a formação de uma “única renda”, com a consideração conjunta de todos os resultados positivos e negativos obtidos pelo contribuinte.⁴⁸⁸ No entanto, restou demonstrado que nosso conceito de universalidade exige apenas a tributação de todos os ganhos e rendimentos do indivíduo, sendo irrelevante se a imposição fiscal ocorre de forma conjunta ou separada, e que, independentemente dos conceitos atribuídos a generalidade, universalidade e progressividade, tais critérios podem ser

⁴⁸⁷ No mercado de renda variável, a grande exceção à possibilidade de se compensarem indiscriminadamente ganhos correntes com perdas pretéritas corresponde às operações de *day-trade*, em que as perdas computadas somente serão compensadas com ganhos auferidos em operações da mesma espécie.

⁴⁸⁸ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 291), p. 214; OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *op. cit.* (nota 263), pp. 255-257.

abandonados se presente relevante interesse constitucionalmente resguardado em prol da coletividade.

Partindo para o artigo 43 do Código Tributário Nacional, fincou-se a premissa de que a regra geral é renda como incremento de patrimônio, tendo o legislador complementar deixado cristalina a sua predileção pela incidência de Imposto de Renda apenas sobre acréscimos patrimoniais. Todavia, reservou-se, propositadamente ou não, margem interpretativa para que haja incidência individualizada sobre ganhos e rendimentos (líquidos), independentemente da existência de acréscimo patrimonial global, mas isto apenas seria autorizado se: (i) não fosse possível a tributação do efetivo incremento patrimonial de uma pessoa; ou (ii) algum interesse constitucionalmente assegurado permitisse a tributação individualizada dos proveitos percebidos. É nesse contexto que deve ser analisada a questão.

Conciliando a discriminação de competências contida na Constituição Federal, que permite a instituição de imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”, e o disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional, julgamos que é direito assegurado ao contribuinte a compensação de prejuízos computados em períodos anteriores. Apenas se existentes exceções constitucionalmente autorizadas o Imposto de Renda poderá ignorar, quando da incidência tributária sobre resultados correntes, os decréscimos patrimoniais outrora incorridos. Na situação ora comentada, somente a impraticabilidade administrativa poderá fazer com que sejam ignorados os resultados negativos preteritamente incorridos quando da apuração da base de cálculo do imposto devido sobre ganhos e rendimentos auferidos nos mercados.

No que se refere a ganhos e rendimentos auferidos no mercado de renda variável, é o próprio contribuinte quem apura a base de cálculo mensal e recolhe o Imposto de Renda devido, o que torna mandatória a possibilidade de que este compense ganhos correntes com perdas pretéritas computadas nesse mercado, o que de fato acontece. Não haveria justificativa constitucionalmente válida para vedar a compensação. Relativamente a fundos de investimento administrados pela mesma instituição financeira, é factível que esta efetue, previamente à retenção de Imposto de Renda, a compensação automática entre ganhos e perdas relativos a fundos sujeitos à mesma tributação, cujas quotas sejam detidas por um mesmo contribuinte, o que também está previsto na legislação ordinária. Neste caso, também não haveria motivo constitucionalmente válido para impedir a compensação.

Nas demais hipóteses relativas ao mercado de renda fixa, em que não há previsão legislativa para a compensação entre ganhos correntes e perdas correntes ou pretéritas, parece-nos que em prol da praticabilidade, isto é, da factibilidade na tributação, torna-se constitucionalmente justificada a tributação analítica que se observa hodiernamente, uma vez que ainda não existe sistema eficiente de troca de informações financeiras dos contribuintes entre os diferentes agentes econômicos (*i.e.*, as fontes pagadoras), dificultando que se dê plena vazão, no mercado de renda fixa, à tributação sintética, inclusive com a possibilidade de compensação de perdas pretéritas.

VII.2.6. Tributação de Ganhos Não-Realizados e a Sistemática do “Come-Quotas”

Afirmou-se ao longo deste estudo que como regra geral as pessoas físicas residentes sofrem incidência de Imposto de Renda apenas quando da percepção de rendimentos ou ganhos de capital, o que implica dizer que, a princípio, tão somente por ocasião da realização do ganho existiria a possibilidade de tributação. Estipulada na Lei nº 7.713/88, essa regra comporta exceções, como é o caso da incidência de Imposto de Renda sobre ganhos decorrentes de aplicações efetuadas em fundos de renda fixa, no âmbito dos mercados financeiro e de capitais.

Por meio da Lei nº 9.532/97, instituiu-se mecanismo de tributação dos ganhos produzidos por fundos de investimento de renda fixa⁴⁸⁹ independentemente de que haja resgate por parte dos quotistas.⁴⁹⁰ Tal sistemática, que se consolidou no ordenamento jurídico-tributário nacional e ficou conhecida no mercado por “come-quotas”, determina que em datas predeterminadas incida o Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados que estejam acumulados nas carteiras de fundos de investimento de renda fixa.

⁴⁸⁹ Pode-se dizer que são considerados pela legislação fiscal como sendo fundos de investimento de renda fixa aqueles que, não possuindo tratamento tributário específico, não são tidos como fundos de renda variável, também conhecidos por fundos de investimento em ações (FIA). Por seu turno, consideram-se FIA os fundos cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por 67% de ações (ou produtos assemelhados) negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada, no País ou no exterior, na forma regulamentada pela CVM.

⁴⁹⁰ Embora possa ser tecnicamente mais acurado falar de “rendimentos” acumulados em fundos de investimento, aqui também se fará uso do genérico termo “ganhos”, haja vista que a doutrina estrangeira se refere a ganhos não-realizados (*accrual gains*) como expressão que abrangeria tanto rendimentos não-distribuídos como ganhos de capital acumulados.

Aperfeiçoando a sistemática do “come-quotas” originariamente trazida em 1997, a Lei nº 11.033/04 estipulou que semestralmente, em maio e novembro, os rendimentos produzidos por fundos de renda fixa sejam tributados ainda que não tenha havido resgate por parte dos quotistas. Essa incidência do Imposto de Renda ocorre de acordo com as seguintes alíquotas: (i) 20%, na situação de fundos de curto prazo; e (ii) 15%, na situação de fundos de longo prazo. É de se mencionar que no resgate efetivo da aplicação financeira cabe à fonte pagadora verificar se deve ser efetuada alguma complementação tributária e, se for o caso, reter e recolher o saldo remanescente de Imposto de Renda devido.⁴⁹¹

Buscando explicar de forma didática a sistemática, pode-se dizer que o dito modelo do “come-quotas” faz com que em momentos predeterminados pela lei tributária ocorram “resgates fictos” da aplicação financeira outrora efetuada, tributando-se os ganhos produzidos até então e tolhendo do investidor ganhos ainda não convertidos em caixa.

Destaque deve ser conferido ao fato de que na aludida sistemática não há previsão de restituição, ao quotista, do Imposto de Renda semestralmente recolhido, mesmo na hipótese de não existirem ganhos quando do resgate efetivo, ou na hipótese de, por ocasião do efetivo resgate, os ganhos apurados serem inferiores aos outrora tributados periodicamente. Esta peculiaridade disposta na legislação nacional deve inexoravelmente ser analisada à luz do Direito Tributário, vez que, claramente considerando que há apenas um fato gerador do Imposto de Renda (o resgate efetivo da aplicação financeira), mas com antecipações tributárias semestrais, exige-se complementação de Imposto de Renda – a lei utiliza a expressão “alíquota complementar” – na hipótese de a alíquota final aplicável sobre os ganhos obtidos no efetivo resgate proporcionar maior importância a ser arrecadada ao Erário.

O tema da exigência ou não da realização para que se tributem os ganhos gerados por determinado ativo é muito polêmico, tendo sido intensamente debatido em diversos países. Após compulsar decisões proferidas no Reino Unido e nos Estados Unidos sobre o tema, Kevin Holmes chegou à conclusão de que o conceito legal de renda firmado em tais países exigiria a realização – não num sinônimo exclusivo de conversão em dinheiro, mas de troca de ativos –, inobstante entenda que num teoricamente mais desejável conceito

⁴⁹¹ Relembremos aqui que a incidência tributária sobre fundos de investimento de renda fixa dá-se de forma decrescente em função de alíquotas que variam entre 22,5% e 15%. No caso de fundos de curto prazo, as alíquotas aplicáveis variam apenas entre 22,5% e 20%, ao passo que para fundos de longo prazo são aplicáveis alíquotas que variam entre 22,5% e 15%.

abrangente de renda (*foundation concept of income*), para fins de tributação bastaria a existência de ganho acumulado (*accrual gain*).⁴⁹² Nesse contexto, cita o caso norte-americano *Eisner vs. Macomber*, onde se estatuiu que para ganhos de capital poderem ser tributados deveria haver a transferência do ativo, tendo sido posição da Suprema Corte dos Estados Unidos que acréscimos no valor de ativos que ainda não estejam realizados não constituem renda tributável.⁴⁹³

Ante o paradigmático caso *Eisner vs. Macomber*, a Corte norte-americana decidiu que ganhos acumulados não são tributáveis. Exigiu-se o requisito da realização para fins de incidência tributária sobre a renda. Nada obstante a conclusão alcançada nos Estados Unidos, não podemos importá-la e aplicá-la irrestritamente à luz do sistema jurídico-tributário nacional. Não apenas as realidades institucionais são distintas, mas o arcabouço jurídico também o é. Como demonstrado alhures, dentre os diversos conceitos teóricos de renda existentes poder-se-ia plenamente considerar ganhos não-realizados como abrangidos em ao menos um deles, e submetê-los à tributação. A questão que impera neste momento é verificar se os moldes constitucionais e complementares fincados no ordenamento brasileiro comportariam a incidência de Imposto de Renda sobre ganhos acumulados em ativos sem que tenha havido a realização, independentemente de se sob o espectro da Teoria da Tributação, outrora analisado, essa modalidade de tributação seria desejável. Impõe-se caminharmos rumo ao plano jurídico nacional, deixando em segundo posto o plano pré-jurídico e decisões prolatadas noutros sistemas tributários.

Analisemos, em primeiro lugar, a compatibilidade da incidência de Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados com o conceito de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica trazido pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional. Insta esclarecer se o requisito da realização da renda é exigido pelo ordenamento tributário brasileiro posto.

Apontou-se ao longo do tópico V.3 que há variadas posições sobre os conceitos de disponibilidade econômica e jurídica – o que denominamos “teorias civilistas” e “teoria econômica” –, não existindo propriamente uma posição correta e outras erradas, mas algumas que seriam possíveis dentro de uma moldura kelseniana de interpretação do Direito. Apesar das diversas posições existentes, uma convergência central é

⁴⁹² *Op. Cit.* (nota 78), pp. 178-179.

⁴⁹³ HOLMES, Kevin, *op. cit.* (nota 78), pp. 225-228.

observada: a necessidade de existir disponibilidade sobre a renda para poder haver incidência tributária, independentemente de ser econômica ou jurídica tal disponibilidade. Qualquer das duas exteriorizações de disponibilidade basta para configurar o fato gerador do Imposto de Renda.⁴⁹⁴ Este entendimento está em consonância com estudo elaborado pelo autor do anteprojeto do Código Tributário Nacional, Rubens Gomes de Sousa, ao, na década de 50, pesquisar na doutrina estrangeira traços característicos do conceito de renda e estatuir que um deles seria a noção da “livre disponibilidade”, em que apenas seria renda a parcela de riqueza de que pode o titular dispor sem que isto implique redução de seu capital.⁴⁹⁵

Diversos juristas há que afirmam que o Código Tributário Nacional impõe que o Imposto de Renda incida apenas sobre ganhos realizados. Este é o caso de Gilberto de Ulhôa Canto, para quem sobre ganhos acumulados não há nem disponibilidade econômica nem jurídica, faltando, ainda, capacidade contributiva ao contribuinte.⁴⁹⁶ Posicionamento semelhante possui Alcides Jorge Costa, para quem o conceito de renda disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional afasta de imediato a possibilidade de tributação de renda não-realizada – ou, para utilizar suas palavras, “renda virtual” –, exemplificando que a valorização de imóveis apenas poderia ser tributada quando a renda pudesse ser utilizada, empregada, o que não ocorreria antes da respectiva alienação.⁴⁹⁷ Percorrem caminho semelhante Fernando Zilveti⁴⁹⁸, José Luiz Bulhões Pedreira⁴⁹⁹ e Sacha Calmon Navarro Coelho⁵⁰⁰.

Em que pesem esses posicionamentos, não julgamos que o legislador complementar exija que o Imposto de Renda incida tão somente sobre renda realizada. Isto porque, conforme comentado, é suficiente para a incidência tributária nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional a existência de poder efetivo de dispor sobre renda. Sendo verdade que sempre que houver disponibilidade sobre renda poderá incidir o Imposto de Renda, se ganhos não-realizados estiverem disponíveis ao contribuinte não há que se falar em impossibilidade de tributação.

⁴⁹⁴ SOUSA, Rubens Gomes de, *op. cit.* (nota 265), p. 71.

⁴⁹⁵ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de, *op. cit.* (nota 7), p. 340.

⁴⁹⁶ *Op. Cit.* (nota 288), pp. 32-35.

⁴⁹⁷ *Op. Cit.* (nota 364), p. 32.

⁴⁹⁸ *Op. Cit.* (nota 312), pp. 297-328.

⁴⁹⁹ *Op. Cit.* (nota 247), pp. 2-18.

⁵⁰⁰ *Op. Cit.* (nota 269), p. 287.

Nos dizeres de Rubens Gomes de Sousa, para a efetivação do fato gerador do Imposto de Renda é apenas necessária a aquisição do poder de dispor por parte do beneficiário, não sendo exigida, no entanto, a separação do ganho ou rendimento da fonte produtora, o que o conduziu à peremptória conclusão de que seria plenamente possível a tributação de mais-valias não separadas de sua fonte – ou seja, não-realizadas –, resumindo-se a incidência de imposto nessas hipóteses a uma questão de política fiscal.⁵⁰¹

Ao se referir a uma “aquisição de disponibilidade”, o artigo 43 do Código Tributário Nacional somente ressalta que para a imposição fiscal é necessário que o recebimento de renda dependa tão somente da vontade do seu beneficiário. Caso não haja qualquer fator impeditivo para que ocorra o desfazimento de dado ativo – seja de ordem legal, contratual ou mesmo mercadológica –, fator este diverso, portanto, da vontade do detentor, poder-se-á sustentar, perante o ordenamento jurídico-tributário brasileiro, a imposição de Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados.

Eis que obtemos a pedra de toque para a tributação de ganhos não-realizados: poder efetivo e atual de dispor de um ativo e receber, em moeda ou outro bem ou direito, o numerário correspondente ao valor de avaliação a mercado do ativo original, com a disponibilidade sendo adquirida justamente no momento em que a liquidez de determinado mercado permita que o detentor de um ativo obtenha a qualquer momento, conforme sua vontade, os ganhos acumulados. Observadas tais restrições, pode o legislador ordinário optar, ou não, pela tributação com base no critério da realização.

Nos mercados financeiro e de capitais, no que concerne à tributação sobre quotistas de fundos de investimento de renda fixa, muito se fala que se optou por instituir a incidência de Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados, na sistemática que ficou conhecida como “come-quotas”. Tomando como verdadeira essa premissa num primeiro momento, tal como estamos fazendo, verifiquemos, inicialmente, se, em face do modelo interpretativo adotado acerca do artigo 43 do Código Tributário Nacional, poderia o legislador ordinário instituir imposto sobre ganhos não-realizados de quotistas, diferenciando-se, de imediato, dois veículos de investimento diametralmente opostos: fundos abertos e fundos fechados.

⁵⁰¹ *Op. Cit.* (nota 7), pp. 344-345.

A característica primordial dos fundos abertos é que nestes os quotistas podem solicitar o resgate de suas quotas a qualquer tempo, diferentemente dos fundos fechados, em que as quotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo, embora, em ambas as modalidades de fundos, seja admitida a amortização das quotas.⁵⁰² Na situação em que se depara com fundos abertos, julgamos restar cumprido o requisito da aquisição de disponibilidade exigido pelo legislador complementar, haja vista que o quotista poderá, a qualquer momento, sujeito apenas a sua vontade, liquidar quotas e obter em moeda o valor de mercado que estas possuem. A outra conclusão se chega quando se analisam os fundos fechados, porquanto nestes o quotista não possui livre disponibilidade sobre suas quotas, que apenas podem ser resgatadas em momento predeterminado.

Diante disso, conclui-se que, na temática dos fundos de investimento, a incidência do Imposto de Renda sobre ganhos não-realizados seria ilegal única e exclusivamente na medida em que alcançasse rendimentos que não estão irrestritamente ao alcance do contribuinte – hipótese de fundos fechados –, não se tendo, nesta hipótese, adquirido disponibilidade nos termos do que exige o artigo 43 do Código Tributário Nacional. Considerando a situação de quotistas de fundos abertos, não haveria que se falar em ferimento à legislação complementar, tampouco à Constituição Federal por ausência de capacidade contributiva, pois que inegavelmente quem possui livre poder de dispor de um ativo e de imediato obter renda possui condições econômicas de contribuir ao Erário.⁵⁰³

Nada obstante as considerações tecidas acima, que como dito partiram da premissa de que o legislador teria instituído tributação sobre ganhos não-realizados, essencial se faz esclarecer que a sistemática de “come-quotas” foi construída para ser um mecanismo de antecipação tributária relativa ao Imposto de Renda, e não de imposição fiscal definitiva. Por meio de tal sistemática, exige-se, por ocasião do resgate efetivo, a aplicação da

⁵⁰² Instrução CVM nº 409/04:

“Art. 5º. O fundo pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas a qualquer tempo, ou fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo.

Parágrafo único. Admite-se a amortização de cotas tanto no fundo fechado como no fundo aberto, mediante o pagamento uniforme a todos os cotistas de parcela do valor de suas cotas sem redução do número de cotas emitidas, efetuado em conformidade com o que a esse respeito dispuser o regulamento ou a assembléia geral de cotistas.”

⁵⁰³ De modo diverso, ao tratarem especificamente da tributação de instrumentos financeiros com fins de *hedge* por pessoas jurídicas, Alexsandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera expressam o entendimento de que renda apenas é verificada no momento em que o ativo é realizado, mediante a adoção do regime de caixa. (*Op. Cit.* (nota 368), pp. 99-100)

alíquota “cheia” ou “integral” – igual ou superior às aplicáveis em maio e novembro pelo “come-quotas” – sobre a totalidade dos rendimentos auferidos pelos quotistas de fundos de investimento de renda fixa. Assim sendo, o legislador ordinário indicou num primeiro momento que o fato gerador do Imposto de Renda seria uno, verificado por ocasião do resgate efetivo, havendo pelo “come-quotas” tão somente antecipações tributárias semestrais periódicas.

Entendendo-se que existe um único fato gerador do Imposto de Renda, sendo o “come-quotas” mera sistemática de antecipação do imposto devido, chega-se inexoravelmente à conclusão primeira de que não se poderia cogitar de ilegalidade da sistemática de “come-quotas” nem quando se depara com fundos fechados. Seria situação semelhante à tributação das pessoas jurídicas sujeitas ao lucro real anual, em que mensalmente exige-se o recolhimento de antecipações a título de Imposto de Renda. Não existiria tributação sobre ganhos não-realizados, mas antecipações tributárias sobre ganhos acumulados na expectativa de que, quando da ocorrência do fato gerador, eles efetivamente sejam verificados.

Todavia, o legislador ordinário mostrou-se incoerente com suas premissas de modelo de antecipação tributária ao não permitir que haja restituição de Imposto de Renda na hipótese de, no resgate efetivo, verificar-se que os rendimentos a serem submetidos à tributação, se existentes, acarretam menor montante devido ao Erário do que o efetivamente recolhido periodicamente. O modelo preconizado pelo legislador peca ao impossibilitar a restituição dentro de tais circunstâncias, diferentemente de outras sistemáticas de antecipação tributária, como a disposta na legislação que rege o lucro real anual.

Portanto, a segunda conclusão que se alcança é que a sistemática de “come-quotas” não possui mácula pelo fato de exigir recolhimentos tributários periódicos sobre ganhos acumulados em ativos detidos por contribuintes – já que constituiria mera sistemática antecipação tributária vinculada a fato gerador a ocorrer no futuro –, mas é inconstitucional e ilegal a vedação à restituição na hipótese de não se verificarem rendimentos no resgate efetivo ou de estes serem verificados a menor, a ponto de gerar montante total devido a título de Imposto de Renda inferior ao já recolhido. Isso porque se estaria tributando uma não-renda, uma potencialidade de renda que não se tornou renda efetiva na ocorrência do fato gerador.

VII.2.7. Tratamento Privilegiado para Não-Residentes

Antes de comentar o tratamento privilegiado conferido pela legislação nacional aos não-residentes, cumpre em breves linhas discorrer sobre o conceito de residência fiscal, o qual hodiernamente encontra-se disciplinado pelas autoridades fiscais na Instrução Normativa SRF nº 208/02, tendo como fundamento legal primeiro o artigo 97 do Decreto-Lei nº 5.844/43. Em face do arcabouço legislativo existente, pode-se dizer que se consideram não-residentes as pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, que estejam no exterior por mais de doze meses ou que se ausentarem do País manifestando *animus* definitivo de permanecer no exterior, bem como as pessoas jurídicas estrangeiras que não estejam devidamente constituídas no Brasil,⁵⁰⁴ embora suas filiais, sucursais, agências ou representações autorizadas a operar no País sejam tratadas, para fins fiscais, como pessoas jurídicas residentes.

No que tange à tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, não se faz diferenciação entre os não-residentes, senão em função de seu domicílio: todos eles são em princípio tratados de forma semelhante relativamente à incidência do Imposto de Renda. Neste sentido, saliente-se que as mesmas regras domésticas de apuração e recolhimento aplicáveis para uma pessoa física não-residente são aplicáveis para uma pessoa jurídica não-residente, ou mesmo para uma entidade domiciliada no exterior que não seja dotada de personalidade jurídica, razão pela qual quando fazemos menção a “não-residente” estamos tratando de quaisquer dessas pessoas ou entidades.

A regra geral estabelecida para a incidência do Imposto de Renda nos mercados é que os não-residentes sejam tributados da mesma forma com que se tributam os residentes do País. Essa equiparação entre residentes e não-residentes se extrai, em primeiro lugar, do artigo 18 da Lei nº 9.249/95, o qual estatui que o ganho de capital auferido por não-residentes será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes. Há ainda que se mencionar o artigo 78 da Lei nº 8.981/95, o qual expressa que os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação a: (i) rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa; (ii) ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas; e

⁵⁰⁴ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga, *op. cit.* (nota 14), p. 273.

(iii) rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Embora inicialmente não tenha havido o esclarecimento pelo legislador ordinário de a qual pessoa residente no País estava se referindo quando da estipulação da equiparação tributária, se à pessoa física ou à pessoa jurídica, entendeu-se que em razão de a disciplina fiscal das pessoas físicas residentes também diferenciar a renda auferida nos mercados das demais modalidades de renda, o não-residente estava a elas equiparado para fins tributários.

Nada obstante existir a supramencionada regra geral de equiparação tributária, conciliando-se o artigo 81 da Lei nº 8.981/95 com o artigo 16 da Medida Provisória nº 2.189-49/01 verifica-se que ao investidor não-residente que cumpra com determinadas normas e condições legalmente estipuladas⁵⁰⁵ poderá ser conferido tratamento tributário em princípio mais benéfico do que o aplicável a pessoas físicas residentes. A tal investidor o mercado deu a denominação de “investidor qualificado”, que fará jus a um regime tributário mais vantajoso se não for residente ou domiciliado em jurisdição tida como paraíso fiscal pela legislação brasileira.⁵⁰⁶

Vejamos a diferença entre os tratamentos tributários estipulados pela regra de equiparação e pela regra especial. O não-residente que não siga plenamente os ditames da Resolução CMN nº 2.689/00 ou que esteja domiciliado em paraíso fiscal, comumente sofre

⁵⁰⁵ Essas regras, hoje consolidadas principalmente na Resolução CMN nº 2.689/00, envolvem, entre outros aspectos, o ingresso de recursos monetários no País por meio do mercado oficial de câmbio, o registro dos capitais ingressantes perante o BACEN, a constituição de procurador no País e a observância de disposições específicas da CVM.

⁵⁰⁶ Para efeito de tributação nos mercados financeiro e de capitais, considera-se paraíso fiscal, nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.959/00, a jurisdição que não tribute a renda ou a tribute a uma alíquota máxima inferior a 20%. As particularidades das recentes alterações legislativas no conceito de paraíso fiscal contido na Lei nº 9.430/96 não serão ora comentadas, por não influenciar a tributação nos mercados e, por isso, fugir demasiadamente do escopo deste estudo. Pode-se dizer, contudo, que são atualmente consideradas paraísos fiscais as seguintes jurisdições (Instrução Normativa RFB nº 1.037/10: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Kiribati; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Queshm; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; Ilhas de Santa Helena; Santa Lúcia; Federação de São Cristóvão e Nevis; Ilha de São Pedro e Miguelão; São Vicente e Granadinas; Seychelles; Ilhas Solomon; St. Kitts e Nevis; Suazilândia; Suíça (os efeitos de sua consideração como paraíso fiscal estão suspensos por força do Ato Declaratório Executivo RFB nº 11/10); Sultanato de Omã; Tonga; Tristão da Cunha; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.

tributação de 15% sobre aplicações em renda variável e de até 22,5% sobre aplicações em renda fixa.⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸ De outra forma, com relação ao investidor não-residente não situado em paraíso fiscal e que atenda aos preceitos da Resolução CMN nº 2.689/00: (i) os ganhos obtidos em bolsa são isentos de Imposto de Renda; (ii) os rendimentos obtidos em aplicações em fundos de investimento em ações (FIA), em operações de *swap* (registradas ou não em bolsa) e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, sofrem incidência de 10%; e (iii) os rendimentos obtidos nos demais casos, inclusive em operações financeiras de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa, são tributados à alíquota de 15%. Há, ainda, regimes específicos conferidos aos investidores qualificados, como isenções sobre rendimentos produzidos por títulos públicos ou por fundos exclusivos para investidores não-residentes que possuam no mínimo 98% de títulos públicos em suas carteiras e isenções sobre rendimentos auferidos nas aplicações em fundos de investimento em participações (FIP), fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em participações (FICFIP) e fundos de investimento em empresas emergentes (FIEE).⁵⁰⁹

O tratamento tributário desigual entre residentes e não-residentes merece ser analisado em vista do princípio da igualdade, do mandamento da capacidade contributiva e da possibilidade de instituição de normas indutoras na seara tributária, a fim de se verificar a sua adequação *vis-à-vis* o Direito Tributário nacional.

Em ocasião onde se propôs a analisar questão semelhante, Elidie Bifano asseverou que o artigo 5º da Constituição Federal expressamente vedaria tratamento discriminatório entre domiciliados e não-domiciliados no Brasil, o que para a tributarista pareceria constituir óbice à concessão de incentivos fiscais relativos à tributação da renda auferida nos mercados por não-residentes. Tratamentos tributários privilegiados a não-residentes, ainda mais quando ausente justificativa para tanto, padeceriam de inconstitucionalidade.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Relembre-se que no caso de aplicações de renda fixa há a previsão de alíquotas decrescentes (22,5% a 15%) em função do prazo de aplicação, nos termos do artigo 1º da Lei nº 11.033/04.

⁵⁰⁸ É de se notar que o regime de equiparação implica que isenções previstas para pessoas físicas residentes também sejam aplicáveis a não-residentes, ainda que em paraíso fiscal, o que inclusive foi confirmado pelas autoridades fiscais no artigo 66, § 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.022/10.

⁵⁰⁹ No caso de aplicações em FIP, FICFIP e FIEE, a isenção não será concedida ao quotista titular de quotas que, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, represente 40% ou mais da totalidade das quotas emitidas pelos fundos, ou cujas quotas, isoladamente ou em conjunto com pessoas a ele ligadas, lhe derem direito ao recebimento de rendimento superior a 40% do total dos rendimentos auferidos pelos fundos.

⁵¹⁰ *Op. Cit.* (nota 4), p. 233; 302.

De imediato, mister se faz relembrarmos-nos do teor do dispositivo mencionado pela jurista. O *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 expressa que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à igualdade, [...]*”. Pela análise do texto colacionado, mostra-se hialino que a Carta Constitucional finca como garantia fundamental dos indivíduos o direito à igualdade, deixando expreso que aos residentes do País, independentemente de sua nacionalidade, serão vedados quaisquer tratamentos anti-isonômicos.

Nota-se, portanto, que apenas distinções fundadas na nacionalidade das pessoas, e não na sua residência, são expressamente desautorizadas, por não encontrarem qualquer supedâneo no princípio da igualdade estatuído pelo texto constitucional.

Isto não quer dizer que sejam autorizadas aleatórias discriminações entre residentes e não-residentes, mas tão somente que se considera que pessoas que residem ou são domiciliadas no Brasil encontram-se fundamentalmente em posições equânimes, de forma alguma podendo, salvo situações muito excepcionais – como, por exemplo, as constantes na legislação eleitoral –, ser instituídas distinções apenas em função da nacionalidade. Quando se está diante de situações em que há discriminações fundadas na residência, haverá que se examinar caso a caso se, à luz do princípio da igualdade, haveria razão motivada na isonomia para se distinguirem residentes e não-residentes.

Consoante a teoria outrora construída sobre a igualdade tributária, deve-se ter em mente que, para seu atendimento, a conferência de tratamento diferenciado entre dois indivíduos deverá ter como fundamento único e exclusivo a atribuição de isonomia a pessoas que, sob o espectro tributário, estejam em posições iniciais díspares. Em linha com o posicionamento emanado de Alcides Jorge Costa, pode-se dizer que no campo tributário, especialmente quando se lida com impostos, a igualdade se traduz pela imposição fiscal semelhante sobre os que têm mesma capacidade contributiva.⁵¹¹ Portanto, a semelhança ou disparidade entre as posições iniciais ou finais de dois ou mais indivíduos seria medida por sua capacidade contributiva, porque afirmar que cada um deve ser tributado conforme sua capacidade contributiva nada mais é que estatuir que devem ser buscadas diferenciações

⁵¹¹ Cf. COSTA, Alcides Jorge, *op. cit.* (nota 390), p. 300.

entre os indivíduos para que, de modo igualitário, todos contribuam para o suprimento de recursos ao Tesouro na medida de suas possibilidades monetárias.

No que tange à questão da conferência de tratamento privilegiado a não-residentes em detrimento de residentes, impõe-se análise inicial sobre se há razão fundada em igualdade (vertical) para diferenciar o investimento externo do aporte de recursos nos mercados nacionais por investidores domiciliados no País. A resposta é negativa. Inegavelmente, alguns fatores diferenciam os não-residentes dos residentes, como o domicílio, a origem do capital investido, a sujeição dos seus recursos à variação cambial, a exposição maior do seu capital aos riscos decorrentes de investimento em mercados estrangeiros, entre outros. Contudo, considerando que a igualdade tributária está associada à tributação conforme as diferentes capacidades contributivas e que o vetor da igualdade vertical apenas conduz a tratamento desigual como forma de colocar alguém que esteja em posição inicial de desfavorecimento em situação comparável com a de outrem, não há como dizer que os incentivos fiscais concedidos a não-residentes atendem ao princípio da igualdade.

Com efeito, as dificuldades operacionais inerentes à realização de investimentos em mercados estrangeiros não constituem justificativa para afirmar que os não-residentes estão, a princípio, em posição desvantajosa em comparação a residentes, a ponto de demandar que o instrumento tributário atue de modo a sanar desigualdades existentes. Na prática dos mercados, vê-se que os não-residentes que aplicam recursos nos mercados nacionais são em sua enorme maioria grandes investidores, cuja pujança econômica motiva o ingresso em novos mercados, aceitando os riscos inerentes a tal procedimento. Comparando investidores residentes e investidores não-residentes tendo apenas em mira o corolário da justiça fiscal, a conclusão a que se chega é que se um grupo deveria ter tratamento tributário mais benéfico, este grupo seria o composto por investidores residentes, onde também há pequenos aplicadores mobilizando poupança que muitas vezes abarca economias de uma vida inteira.

A conclusão de que o tratamento privilegiado aos não-residentes que investem nos mercados financeiro e de capitais não está em consonância com o princípio da igualdade e tampouco com o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva não implica concluir, contudo, que a sistemática de tributação ora vigente é inconstitucional. Nos termos do exposto no tópico VI.4, há que se perquirir se existem justificativas

constitucionais que sustentam com esmero a derrogação desses objetivos supremos em matéria tributária. E a resposta é afirmativa, fundada na indução de comportamentos dos agentes econômicos com vistas à circulação de poupança nos mercados, com objetivo final de fomentar o desenvolvimento nacional.

Os benefícios gerados por mercados financeiro e de capitais pujantes são imensos, e em decorrência disso os Estados almejam cada vez mais buscar não apenas a mobilização de poupança interna, mas também a atração de poupança externa que tenha o condão de fomentar o desenvolvimento nacional. Para se alcançar tal desiderato, o instrumento tributário possui papel de relevo na atração de capital externo, devendo os investidores não-residentes sentirem-se estimulados pela expectativa de retorno líquido de seus investimentos, ainda mais em face da alta mobilidade dos capitais financeiros.

Nessa toada, ao embasar a medida provisória que foi convertida na Lei nº 11.312/06, a Exposição de Motivos nº 17/06, tratando de incentivos fiscais direcionados a títulos públicos federais, menciona que a maioria dos países que também necessitaram da melhoria em curto prazo do perfil da dívida pública incentivou o acesso de investidores não-residentes aos seus mercados domésticos, inclusive mediante benefícios fiscais. Isso implica dizer que, motivadas pelo atingimento de objetivos extrafiscais, as nações acabam sendo compelidas a, em face da competição fiscal internacional e da alta mobilidade dos fatores financeiros, concederem incentivos fiscais direcionados, primordialmente, à atração de investidores não-residentes.

Alerta deve ser feito no sentido de que os incentivos fiscais ao investimento externo não podem ser indiscriminados, possuindo limites. Esses limites são ditados justamente pela proporcionalidade, que além de exigir a verificação de se a baixa ou inexistente tributação sobre a renda auferida por não-residentes nos mercados financeiro e de capitais é adequada para atingir o objetivo extrafiscal de mobilização de poupança visando ao desenvolvimento nacional, impõe que se comprove que tal medida é a que melhor propicia a concretização dessa meta estatal e que os benefícios resultantes para a coletividade, tais como crescimento econômico sustentado, com emprego e renda, são superiores aos malefícios propiciados por uma medida que rompe com a igualdade tributária e com a tributação conforme a capacidade contributiva.

VIII. CONCLUSÕES

Após toda teoria e análise prática expostas no decorrer deste estudo, apresentam-se doravante, em parágrafos numerados, as principais conclusões alcançadas:

1. As transações financeiras ocorridas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais apenas são possíveis em razão da existência da moeda. Representando materialmente o dinheiro na sociedade, é a moeda que propicia um eficiente sistema de trocas entre os agentes econômicos, criando meios para que sejam efetuadas concessões e tomadas de crédito.
2. A função primordial dos mercados é proporcionar a canalização da poupança para investimentos produtivos, permitindo que agentes “deficitários” supram suas necessidades monetárias por meio da utilização de recursos dos agentes “superavitários”. Estes concedem crédito para, num momento futuro, receberem daqueles uma contraprestação financeira. Os mercados financeiro e de capitais são, portanto, o principal instrumento pelo qual a poupança (patrimônio estático) financia o investimento (patrimônio dinâmico), fomentando o desenvolvimento nacional.
3. A diferenciação entre mercado financeiro e mercado de capitais é essencial para a individualização de mercados com características distintas, seja pela forma de atuação dos agentes econômicos neles atuantes seja pelos tipos de ganhos e rendimentos predominantemente auferidos em cada um deles. Não se pode olvidar, contudo, que ambos os mercados são dotados de transações que se finalizam (operações financeiras), o que etimologicamente justificaria considerar que tanto o mercado financeiro como o mercado de capitais são “financeiros”.
4. O mercado financeiro é o recinto da intermediação, em que uma instituição financeira se coloca entre o poupador e o tomador de recursos com o objetivo de facilitar a realização das operações ditas bancárias. Captando recursos junto ao público, a instituição financeira efetua operações passivas, colocando-se na posição de devedora perante os poupadores, por outro turno assumindo posição de credora quando repassa os recursos captados para os carentes de crédito (os tomadores), sendo prioritariamente remunerada pelo denominado “juro”. Neste mercado predominam ganhos e rendimentos de renda fixa.

5. O mercado de capitais é o recinto em que há a desintermediação, isto é, onde o poupador entra diretamente em contato com o tomador, sem que qualquer instituição financeira (ou bancária) seja parte nas negociações, embora as auxilie. Corresponde a um mercado de risco, em que os investidores não possuem garantias firmes quanto ao retorno que obterão do capital investido. Em tal mercado predominam os ganhos e rendimentos de renda variável.

6. Conquanto os mercados financeiro e de capitais traduzam ambientes com características e mecanismos distintos, faz-se fundamental ter em mente que ambos cumprem primordialmente a mesma função econômica básica, qual seja, de mobilização de poupança com vistas a fomentar investimentos produtivos.

7. No modelo do fluxo circular, as famílias recebem renda em razão de ganhos e rendimentos originados do trabalho ou do capital e a dividem entre dispêndios com consumo e poupança. Os dispêndios com o consumo de bens e serviços são convertidos em receita (elemento positivo que compõe a renda) das firmas que os produzem, enquanto que a poupança é canalizada para investimentos, os quais também serão destinados para essas tais firmas, agora na condição de tomadoras de recursos econômicos. Por meio desse modelo econômico, fica evidenciado o papel de relevo dos mercados financeiro e de capitais, que têm o condão de propiciar eficientes relações financeiras de troca entre os agentes econômicos, resultando em maior desenvolvimento nacional à medida que o fluxo circular fica mais intenso.

8. O fluxo circular de renda tem a capacidade de demonstrar os diversos momentos em que tributos seriam passíveis de incidir nas diferentes etapas das atividades econômicas. Especificamente com relação às operações financeiras principais e acessórias desenvolvidas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, e considerando apenas os tributos presenciados na realidade brasileira, claramente observam-se no referido modelo os momentos de incidência do Imposto de Renda, do IOF (nas suas modalidades concernentes a operações de câmbio, de crédito e relativas a títulos e valores mobiliários), do ISS e da extinta CPMF. Sem sombra de dúvida, destaca-se o Imposto de Renda como sendo o tributo fiscalmente mais relevante e um dos que mais possuem o poder de influenciar comportamentos dos agentes atuantes nos mercados.

9. Podem-se resumir as atividades estatais em três funções primordiais: alocativa, distributiva e estabilizadora. A primeira diz respeito à composição de bens e serviços públicos a serem fornecidos para a sociedade; a segunda, aos ajustes na alocação de renda e riqueza visando a um estado “justo” ou adequado de distribuição; a terceira, ao uso da política orçamentária tendo como meta o equilíbrio de fatores sócio-econômicos. O cumprimento dessas funções demanda recursos monetários, tendo o instrumento tributário papel central no financiamento das atividades estatais e no auxílio direto para o exercício de tais funções.

10. Numa aplicação mais contemporânea da Ciência das Finanças Públicas, nota-se que ela não apenas busca meios para fazer frente às despesas estatais, mas também objetiva utilizar instrumentos fiscais com fim intervencionista em matéria econômica, social e política. Destarte, a política fiscal será empregada não apenas para proporcionar ao Estado as receitas necessárias para cobrir despesas públicas, mas também para redistribuir renda e mobilizar a economia, neste caso estimulando a aplicação das poupanças de modo a permitir o incremento da produção de bens e serviços que possam beneficiar a sociedade como um todo.

11. O delineamento de um sistema tributário tido como ideal há muito tempo deixou de preocupar apenas os acadêmicos (financistas públicos, economistas e tributaristas, em sua maioria), sendo tema de constante debate entre os governantes e a Administração Fiscal. Sistematizando os principais preceitos norteadores do que se convencionou denominar Teoria da Tributação, autores de escol como Smith, Musgrave e Musgrave, Neumark e Stiglitz foram alguns dos precursores na preocupação de apresentar as características fundamentais que entendiam que o sistema tributário ideal deveria possuir.

12. Em nossa visão, aplicada a uma realidade contemporânea, quatro são os principais preceitos norteadores gerais da Teoria da Tributação que nos tempos hodiernos devem ser necessariamente levados em consideração no delineamento de sistemas tributários, notadamente no que tange à imposição fiscal sobre a renda dos indivíduos: (i) o preceito da equidade; (ii) o preceito da eficiência, possuindo este dois vieses, o da neutralidade e o do desenvolvimento; (iii) o preceito da simplicidade; e (iv) o preceito da conveniência.

13. Em apertada síntese, pode-se dizer que *equitativo* é o tributo que trata pessoas que se encontram em situação semelhante de modo similar (equidade horizontal) e que trata

peças que se encontram em situação diferente de maneira diversa, de modo a evitar e dirimir desigualdades (equidade vertical); *eficiente no seu viés de neutralidade* é o tributo que influencia em menor grau o comportamento dos indivíduos; *eficiente no seu viés de desenvolvimento* é o tributo que consegue fazer com que recursos econômicos ociosos circulem na sociedade, estimulando o desenvolvimento nacional; *simples* é o tributo que é de fácil administração por parte das autoridades fiscais e cumprimento (*compliance*) por parte dos administrados; e *conveniente* é o tributo que retira recursos dos indivíduos no tempo e da maneira que lhes são mais propícios.

14. É essencial salientar que nem sempre podem tais preceitos norteadores conviver em perfeita harmonia, sendo justamente em decorrência dos conflitos existentes, quando da formulação de políticas fiscais, entre objetivos ditados pelo preceito da equidade e objetivos extraídos do preceito da eficiência no seu viés de desenvolvimento que emerge o principal embate da Teoria da Tributação: o *trade-off* (ou dilema) entre eficiência e equidade, em que se deve prestigiar em maior grau um preceito em detrimento do outro, sopesando-os *vis-à-vis* uma situação em concreto.

15. Considerando os mercados financeiro e de capitais, a conclusão a que se chega é que, na tributação da renda auferida em tais recintos, objetivos voltados à eficiência no seu viés de desenvolvimento podem e devem, em determinadas situações, de alguma maneira predominar em face de objetivos fulcrados em equidade. Conquanto um sistema tributário justo deva ao máximo ser buscado, numa seara tão específica e fundamental para a sociedade como os mercados financeiro e de capitais há a necessidade de se constatar existirem outros objetivos que não a justiça fiscal que, se alcançados, gerarão mais benefícios sociais do que a desmedida instauração de equidade na tributação da renda auferida nos mercados.

16. Ante a aplicação e sopesamento de preceitos norteadores a situações concretamente observadas no ordenamento jurídico-tributário vigente, conclui-se estarem em consonância com a Teoria da Tributação o tratamento privilegiado a determinadas modalidades de “renda do capital financeiro”, o tratamento diferenciado entre aplicações financeiras, as tributações na fonte (exclusivas e antecipações), as tributações analíticas e sintéticas hoje verificadas e o tratamento privilegiado para não-residentes. De outro modo, destoam da mais acurada formulação de políticas fiscais a tributação de ganhos não-realizados – não sendo a sistemática do “come-quotas”, contudo, exemplo hialino desse tipo de tributação –

e a existência de legislação e jurisprudência vacilantes, ainda mais quando emanadas das próprias autoridades fiscais.

17. Partindo para a análise de Direito Tributário referente à incidência tributária sobre a renda, constata-se preliminarmente que o termo “renda” possui acepções diversas para diferentes pessoas. Economistas, contabilistas e juristas divergem quanto ao conceito de renda, sem que se possa afirmar que haja uma posição correta e outras erradas: tudo depende primordialmente do grau de influência, para cada pessoa, do critério da mensurabilidade para a definição de renda.

18. Para fins tributários, tende-se a considerar renda como sendo o acréscimo de poder econômico percebido pelo indivíduo num lapso temporal determinado. Muito embora haja quem sustente que a tributação da renda somente deva alcançar acréscimos de poder econômico que sejam utilizados no consumo, não apenas a renda consumida tem o condão de refletir incremento de riqueza ao indivíduo, devendo prevalecer, na seara fiscal, a tese de que também a renda destinada à poupança visando ao consumo futuro é passível de tributação.

19. Diferentemente do que se observou no Reino Unido, na Alemanha e nos Estados Unidos, primeiras nações a aplicarem modelos mais completos de tributação sobre a renda, a origem do Imposto de Renda no Brasil, instituído na primeira metade do século XX, não se justificou em demandas bélicas ou acontecimentos extraordinários, mas tão somente na necessidade de fazer frente a despesas estatais comuns. Este é o tributo que em âmbito federal mais propicia receitas aos entes estatais.

20. A Constituição Federal de 1988 confere à União a competência para instituir “*imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza*”. O legislador complementar definiu, em 1966, que renda seria “*o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos*”, ao passo que proventos de qualquer natureza seriam “*os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior*”. Nada obstante haja quem entenda que a definição para o termo “proventos”, contida no Código Tributário Nacional, teria sido derogada em razão de a Carta Constitucional atual supostamente tratá-lo apenas como rendimentos decorrentes de pensões e aposentadoria, fato é que toda e qualquer espécie de acréscimo de poderio econômico está inserida na competência impositiva da União.

21. De acordo com a Constituição Federal, o Imposto de Renda “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”. Imposto de Renda geral é o que atinge indiscriminadamente todas as pessoas ou grupos de pessoas; Imposto de Renda universal é o que alcança todos os ganhos e rendimentos do contribuinte, porém não exigindo que necessariamente eles sejam tributados de forma semelhante; Imposto de Renda progressivo é o que prevê alíquotas crescentes na medida em que o montante auferido aumenta. A expressão “*será informado [...] na forma da lei*” não traz evidência sobre se os critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade são de obrigatória observância para o legislador ordinário, merecendo prosperar a construção doutrinária de que em determinadas circunstâncias eles podem ser deixados de lado. Caso entendêssemos de outra maneira a matéria, seria mandatória a equivocada conclusão, sem bases mais sólidas e irrefutáveis, de que a Constituição vigente não recepcionou diversos modelos de tributação que sempre existiram no Imposto de Renda (*e.g.*, isenções específicas, tributações proporcionais), tendo o Constituinte impedido que a partir de 1988 tal imposto possuísse caráter extrafiscal, transformando-o em instrumento inábil para a condução e concretização de objetivos não-fiscais.

22. Extrai-se da Constituição de 1988 que deve existir justificativa constitucionalmente aceitável para a imposição de obrigação tributária relativa ao Imposto de Renda sobre algo que não se possa efetivamente considerar como sendo renda, mas mera receita. Estatuiu-se, portanto, no texto constitucional, o mandamento da tributação sobre a renda líquida, a única que traduz renda efetiva. De tal mandamento já se consegue extrair a obrigatoriedade – e não faculdade – imposta ao legislador ordinário de autorizar a compensação de prejuízos pretéritos para a determinação dos ganhos correntes dos contribuintes.

23. O artigo 43 do Código Tributário Nacional tornou cristalina a sua predileção pela incidência de Imposto de Renda apenas sobre acréscimos patrimoniais, à medida que deixou subentendido que também no conceito de renda estariam contidos fenômenos que apontam para a elevação no conjunto líquido de direitos e obrigações de uma determinada pessoa. Todavia, o legislador complementar reservou, propositadamente ou não, margem interpretativa para que haja incidência individualizada sobre ganhos e rendimentos (líquidos), independentemente da existência de acréscimo patrimonial global. É sobre esta realidade que deve trabalhar o cientista do Direito Tributário.

24. Sempre houve, e continua existindo, enorme divergência acerca dos conceitos de disponibilidade econômica e de disponibilidade jurídica, fincados no artigo 43 do Código Tributário Nacional. Dos diversos posicionamentos apresentados ao longo deste estudo, alguns deles por nós lapidados, é possível identificar quatro correntes diferentes, que podem ser segmentadas em três “teorias civilistas” e uma “teoria econômica”. Aqui também não há uma posição correta e outras erradas, não sendo suficiente que nos contentemos com a *mens legislatoris* (i.e., a posição de Rubens Gomes de Sousa) para fins de interpretação, o que nos faz crer que um conceito mais amplo de disponibilidade possa prosperar: incrementos no patrimônio econômico de uma pessoa, independentemente de ter havido negócio jurídico realizado com terceiros conferindo um título, seriam *per se* suficientes para acarretar renda tributável.

25. Em suma: para que a renda possa ser tributada de acordo com o sistema tributário nacional vigente, deve existir poder efetivo e atual de dispor de um ativo e receber, em moeda ou em outro bem ou direito, o numerário correspondente ao valor de avaliação a mercado do ativo. A aquisição de disponibilidade se dá nesse momento, em que a liquidez de dado mercado permite que o detentor de um ativo obtenha a qualquer momento, conforme sua vontade, os ganhos acumulados. Assim sendo, ganhos financeiros não-realizados em princípio poderiam ser tributados.

26. As normas tributárias podem ser segregadas em três diferentes grupos de acordo com a sua função primordial: (i) normas com função fiscal, destinadas à arrecadação de receitas estatais; (ii) normas com função social, que podem possuir viés indutor (voltadas ao estímulo ou desestímulo de determinado comportamento do sujeito passivo) ou viés distributivo (visando a um equilíbrio social na distribuição de riquezas); e (iii) normas com função simplificadora, direcionadas à facilitação, por motivos técnicos ou econômicos, da aplicação do Direito Tributário. Isto posto, mister é observar como o princípio da igualdade e o mandamento da tributação conforme a capacidade contributiva interagem com objetivos constitucionais voltados ao desenvolvimento, no delineamento de normas tributárias indutoras em matéria de Imposto de Renda.

27. Consoante o princípio da igualdade, a lei não pode ser fonte de privilégios (favoritismos) ou perseguições, impondo-se a verificação de quem seriam os iguais a serem tratados igualmente e de quem seriam os desiguais que careceriam de tratamento não-igual em face de outros. Haja vista que o sistema tributário exerce impacto direto

sobre a riqueza dos cidadãos, tolhendo recursos dos indivíduos seja com o fim de financiar os gastos estatais ou mesmo de perquerir outros objetivos que não os fiscais, julgamos que sempre que a isonomia restar desatendida haverá ferimento ao princípio da igualdade.

28. No sistema tributário brasileiro, quando lidamos com a espécie tributária “imposto” o princípio da igualdade encontra-se corporificado no mandamento da capacidade contributiva. Afirmar que cada um deve ser tributado conforme sua capacidade contributiva nada mais é que estatuir que devem ser buscadas diferenciações entre os indivíduos para que, de modo igualitário, todos contribuam para o suprimento de recursos ao Tesouro na medida de suas possibilidades monetárias.

29. De acordo com o § 1º do artigo 145 da Constituição Federal ora vigente, “*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*”. Capacidade contributiva quer significar capacidade econômica para contribuir com o Erário, o que implica dizer que deve ser deixado alheio a qualquer tributação o mínimo existencial – pois que está aquém da capacidade contributiva –, bem como que a tributação não pode ser confiscatória – pois que isto seria ir além da capacidade contributiva. Tanto a tributação proporcional como a tributação progressiva são plenamente compatíveis com a incidência tributária com base na capacidade contributiva.

30. Outrossim, o mandamento da capacidade contributiva exige uma análise comparativa entre indivíduos de modo que aqueles que possuam semelhante capacidade econômica de contribuir ao Erário arquem com o mesmo ônus tributário. Neste sentido, a importância da expressão “sempre que possível” contida no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal reside em que, além de apontar para a preferência do legislador pelos impostos que possuam caráter pessoal, confere plenos poderes ao legislador e ao aplicador do Direito Tributário para que, em vista de objetivos constitucionalmente garantidos situados no campo da extrafiscalidade, seja colocada de lado a graduação dos impostos em função da capacidade econômica dos indivíduos, embora jamais a tributação possa atingir o mínimo existencial ou ser confiscatória.

31. A indução é uma das facetas da extrafiscalidade observada nas normas jurídico-tributárias, em que se busca conceder estímulos ou desestímulos para que o agente econômico seja persuadido a adotar uma dada conduta. Quando deseja induzir o indivíduo à realização de determinado comportamento, o legislador concede incentivos fiscais

(vantagens ou estímulos); quando quer induzi-lo à abstenção de determinado comportamento, impõe o legislador desincentivos fiscais (agravamentos ou desestímulos).

32. Existindo objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assegurados tanto no preâmbulo constitucional como no artigo 3º da Constituição Federal, que de um lado exigem tributação solidária e igualitária e de outro justificam a adoção de medidas visando a garantir o desenvolvimento nacional, impõe-se o debate sobre a relação e eventuais conflitos entre eles. Conquanto tanto a igualdade tributária como a tributação conforme a capacidade contributiva possam ser plenamente compatíveis com normas tributárias indutoras, nem sempre isto acontece, ainda mais no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, instituindo-se derrogações sobre esses mandamentos.

33. Na seara da tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais, a conclusão alcançada é que diretrizes voltadas ao desenvolvimento podem e devem, em determinadas situações, de alguma maneira predominar em face de diretrizes fulcradas em igualdade tributária e tributação com base na capacidade contributiva. Em outros termos, objetivos ligados à fiscalidade devem ser sopesados *vis-à-vis* objetivos relacionados à extrafiscalidade e, ante os interesses da coletividade que sejam devidamente testados e comprovados empiricamente, deve-se promover a indução visando ao desenvolvimento econômico ainda que o custo disto seja abdicar em certa monta do alcance, de modo igualitário, de todas as capacidades contributivas manifestadas na sociedade.

34. Nada obstante o exposto, no sopesamento entre objetivos igualitários e objetivos extrafiscais na tributação da renda auferida nos mercados financeiro e de capitais não se pode abdicar de forma alguma do exame da proporcionalidade, devendo-se verificar se o fim específico e delimitado de fomento ao desenvolvimento nacional possui vínculo fundado e conjugado com os incentivos fiscais que atualmente vêm sendo concedidos nos mercados, a ponto de que, pela compatibilidade e pertinência lógica entre ambos, o dito desenvolvimento possa ser atingido.

35. Em face do cotejamento dos perfis constitucional e complementar do Imposto de Renda e de outros preceitos e objetivos contidos na Constituição Federal com situações concretamente observadas no ordenamento jurídico-tributário vigente, conclui-se, por fundamentações diversas, estarem em consonância com o Direito Tributário o tratamento privilegiado a determinadas modalidades de “renda do capital financeiro”, o tratamento

diferenciado entre aplicações financeiras, as incidências proporcionais e decrescentes, as tributações na fonte (exclusivas e antecipações), as tributações analíticas e sintéticas hoje verificadas e o tratamento privilegiado para não-residentes. Outra é a conclusão alcançada para a sistemática do “come-quotas”, mas não porque se trataria de tributação de ganhos não-realizados – o que julgamos não ser o caso, e se de mera tributação de ganhos acumulados se tratasse, haveria disponibilidade –, mas porque embora tenha sido criada como uma sistemática de tributação antecipada de ganhos financeiros, não prevê a restituição do imposto a maior recolhido na hipótese de o fato gerador do Imposto de Renda não se verificar ou ser verificado a menor.

IX. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, São Paulo: Resenha Tributária, 1986, pp. 343-409.

ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais*. São Paulo: Pioneira, 1999.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

ÁVILA, Humberto. *Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, René Izoldi. *Os Incentivos Fiscais ao Mercado de Capitais*. 2ª ed., São Paulo: Resenha Tributária, 1973.

AVI-YONAH, Reuven. “Os Três Objetivos da Tributação”, in Alcides Jorge Costa et al. (org.), *Direito Tributário Atual*, v. 22, trad. Luís Flavio Neto, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 7-29.

BALEEIRO, Aliomar. *Cinco Aulas de Finanças e Política Fiscal*. 2ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BELSUNCE, Horacio A. García. *El Concepto de Rédito en la Doctrina y en el Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

BENTO, Paulo; MALHEIRO, Rafael; CASTILHO, Ramon; BATISTON, Renato; COELHO, Renato. *Manual de Tributação no Mercado Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIRD, Richard; ZOLT, Eric. “Dual Income Taxation and Developing Countries”, in *Columbia Journal of Tax Law*, v. 1, 2010, pp. 174-217.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BOUVIER, Michel. “La Notion de Capacité Contributive des Contribuables dans la Societé Post-Modern”, in *Revue Française de Finances Publique*, v. 100, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007, pp. 83-93.

_____. “La Question de L’impôt Idéal”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, pp. 15-23.

CABALLERO, Juan Ignacio Sanz. *Derivados Financieros*. Madri; Barcelona: Marcial Pons, 2000.

CAMPOS, Djalma de. “Henry Tilbery e o Imposto de Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 235-245.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. “A Aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto sobre a Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o*

Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery), São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 33-40.

CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, São Paulo: Resenha Tributária, 1986, pp. 1-44.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda: Perfil Constitucional e Temas Específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. 5ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHANCELLOR, Thomas. “Imputed Income and the Ideal Income Tax”, in Paul Caron et al. (orgs.), *Federal Income Tax Anthology*, Cincinnati; Ohio: Anderson, 1997, pp. 142-149.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. “O Imposto de Renda (*Liber Amicorum in Honor* do Prof. Paulo de Barros Carvalho)”, in Luís Eduardo Schoueri (org.), *Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 285-306.

CORABI, Giampaolo. “L’analisi della Dual Income Taxation e della Tassazione dei Redditi di Capitale in Rapporto Allá Progressivita’ IRPEF nel Sistema Tributario Italiano (La Dual Income Tax tra modello puro e atipicità applicative nell’Ordinamento italiano)”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 61-82.

CORRÊA, Walter Barbosa. *Contribuição ao Estudo da Extrafiscalidade*. São Paulo: s/e, 1964.

_____. “Subsídios para o Estudo da História Legislativa do Imposto de Renda no Brasil”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 247-260.

COSTA, Alcides Jorge. “Capacidade Contributiva”, in *Revista de Direito Tributário*, v. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 297-302.

_____. “Conceito de Renda Tributável”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 19-31.

_____. “História da Tributação no Brasil”, in Roberto Ferraz (org.), *Princípios e Limites da Tributação*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 43-101.

_____. “Prefácio”, in Luís Eduardo Schoueri, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. IX-XII.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DAGAN, Tsilly. “The Costs of International Tax Cooperation”, in *University of Michigan Law, Public Law and Legal Theory*, Research Paper nº 13; Michigan Law and Economics Research Paper nº 02-007, 2002.

DALTON, Hugh. *Princípios de Finanças Públicas*. 4ª ed., trad. Maria de Lourdes Modiano, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.

DE CHIARA, José Tadeu. *Moeda e Ordem Jurídica*. Tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986.

DEODATO, Alberto. *As Funções Extra-fiscais do Imposto*. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais como requisito para o concurso de professor catedrático de Ciência das Finanças. Belo Horizonte, 1949.

_____. *Manual de Ciência das Finanças*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1973.

DERZI, Misabel Abreu Machado. “Nota”, in Aliomar Baleeiro, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Princípio de Cautela ou Não Paridade de Tratamento entre o Lucro e o Prejuízo”, in Maria Augusta Machado de Carvalho (org.), *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 255-265.

DIDIER, Philippe. “La Notion de Concurrence Fiscale”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, pp. 103-115.

EIZIRIK, Nelson. *O Papel do Estado na Regulação do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1977.

_____. “Os Valores Mobiliários na Nova Lei das S/A”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 124, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 72-84.

_____. *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREEDMAN, Judith. “Treatment of Capital Gains and Losses”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, pp. 191-215.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*, v. 1. 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1977.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GAUDENZI, Patrícia Bressan Linhares. *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar: Fundos de Pensão, PGDL, VGBL, FAPI e Outros*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda: Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAETZ, Michael. *Foundations of International Income Taxation*. Nova Iorque: Foundation, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de Ciencia de las Finanzas*. 6ª ed., trad. Dino Jarach, Buenos Aires: Depalma, 1959.

GROSSFELD, Bernhard; BRYCE, James. “A Brief Comparative History of the Origins of the Income Tax in Great Britain, Germany and the United States”, in *American Journal of Tax Policy*, v. 211, 1983, pp. 211-251.

GUTMANN, Daniel. “Du Droit à la Philosophie de L’impôt”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, pp. 7-13.

HERMAN, Doron. *Taxing Portfolio Income in Global Financial Markets: A Positive and Normative Exploration of Possible Solutions*. Doctoral Series, v. 2, Amsterdã: IBFD, 2002.

HOLMES, Kevin. *The Concept of Income: A Multi-disciplinary Analysis*. Doctoral Series, v. 1, Amsterdã: IBFD, 2000.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KAVELAARS, Peter. “Accrual versus Realization”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, pp. 127-146.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais: Do Ponto de Vista do Direito Europeu, Alemão e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LANG, Joachim. “The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital”, in Peter Essers; Arie Rijkers (orgs.), *The Notion of Income from Capital*, Amsterdã: IBFD, 2005, pp. 3-31.

LARRÈRE, Catherine. “Impôts Directs, Impôts Indirects: Économie, Politique, Droit”, in Daniel Gutmann (org.), *Archives de la Philosophie du Droit: L’impôt*, v. 46, Paris: Dalloz, 2002, pp. 117-130.

LEMGRUBER, Andrea. “A Tributação do Capital: O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto sobre Operações Financeiras”, in Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs.), *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 206-230.

LOPES, Alessandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. “As Normas Contábeis Internacionais e a Tributação de Instrumentos Financeiros”, in *Revista de Direito Tributário*, v. 105, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 83-100.

MACHADO, Brandão. “Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 107-124.

MACHADO, Hugo de Brito. “A Supremacia Constitucional e o Imposto de Renda”, in Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, pp. 41-57.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Abertura de Espaços Comunitários, Carga Tributária, Capacidade Contributiva e Efeito-Confisco”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 8, São Paulo: Dialética, 2004, pp. 218-241.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a Tributação de Ganhos de Capital*. Tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1972.

_____. “O Conceito de Valor Mobiliário”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 30-55.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MOSCHETTI, Francesco. *Il Principio della Capacità Contributiva*. Padova: CEDAM, 1973.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito Monetário e Tributação da Moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. “Os Princípios Informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais”, in Roberto Quiroga Mosquera (org.), *Aspectos Atuais do Direito do Mercado de Capitais*, v. 1, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 257-271.

_____. “Prefácio”, in Patrícia Bressan Linhares Gaudenzi, *Tributação dos Investimentos em Previdência Complementar: Fundos de Pensão, PGBL, VGBL, FAPI e Outros*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 15-18.

_____. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. “Tributação e Política Fiscal”, in Eurico Marcos Diniz de Santi; Paulo de Barros Carvalho (orgs.), *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*, São Paulo: Noeses, 2005, pp. 557-579.

_____. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 1999.

MUSGRAVE, Richard A.. *Fiscal Systems*. New Haven; Londres: Yale University, 1969.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B.. *Finanças Públicas: Teoria e Prática*. Trad. Carlos Alberto P. Braga, Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la Imposición*. Trad. José Zamit Ferrer, Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. “Tax and Economy: A Comparative Assessment of OECD Countries”, in *Tax Policy Studies*, v. 6, Paris: OCDE, 2001.

OLARIAGA, Luis. *El Dinero: Teoría del Dinero*. Madri: Colección Moneda y Crédito, 1947.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. “Princípios Fundamentais do Imposto de Renda”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (orgs.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 197-227.

PACIULLI, José. *Direito Financeiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1973.

PASSOS, Carlos Roberto; NOGAMI, Otto. *Princípios de Economia*. 2ª ed., São Paulo: Pioneira, 1999.

PAULANI, Leda Maria; BRAGA, Márcio Bobik. *A Nova Contabilidade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Justec, 1971.

_____. *Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas*, v. 1. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

PIRTTILÄ, Jukka; SELIN, Håkan. “How Successful is the Dual Income Tax? Evidence from the Finnish Tax Reform of 1993”, in *CESifo Working Paper*, v. 1.875, 2006.

REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

ROCCA, Carlos Antonio. “Mercado de Capitais Eficiente: Condição para o Crescimento Sustentado”. *XVI Fórum Nacional Economia do Conhecimento, Crescimento Sustentado e Inclusão Social*. Rio de Janeiro, 2004.

SANTOS, João Victor Guedes. “Direito Tributário e Justaposição: A Contabilidade Societária e os Limites à Neutralidade Fiscal”, in Roberto Quiroga Mosquera (org.), *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, São Paulo: Dialética, 2010, pp. 185-215.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 7, São Paulo: Dialética, 2002, pp. 303-330.

_____. “Livre Concorrência e Tributação”, in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 11, São Paulo: Dialética, 2007, pp. 241-271.

_____. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. “O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica”, in Roberto Quiroga Mosquera; Alexsandro Broedel Lopes (orgs.), *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, São Paulo: Dialética, 2010, pp. 241-264.

_____. “Tributação e Cooperação Internacional”, in *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 7, Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 25-54.

SCOTT, Hal. *International Finance: Law and Regulation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

SELIGMAN, Edwin R. A.. *Essays in Taxation*. Barcelona; Cingapura: Athena University, 2004.

_____. *Progressive Taxation in Theory and Practice*. Charleston: BiblioBazaar, 2008.

_____. *The Income Tax: A Study of the History, Theory and Practice of Income Taxation at Home and Abroad*. Nova Iorque: Macmillan, 1911.

SIQUEIRA, Rozane Bezerra; NOGUEIRA, José Ricardo; BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda. “Teoria da Tributação Ótima”, in Ciro Biderman; Paulo Arvate (orgs.), *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 173-187.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations* (livros IV e V). Nova Iorque: Classic House Books, 2009.

SØRENSEN, Peter Birch. “Dual Income Taxation: Why and How”, in *CESifo Working Paper*, v. 1551, 2005.

SØRENSEN, Peter Birch. “From the Global Income Tax to the Dual Income Tax: Recent Tax Reforms in the Nordic Countries”, in *International Tax and Public Finance*, v. 1, 1994, pp. 57-79.

SOUSA, Rubens Gomes de. “A Evolução do Conceito de Rendimento Tributável”, in *Revista de Direito Público*, v. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 339-346.

_____. *Pareceres – I: Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

STIGLITZ, Joseph E.. *La Economía del Sector Público*. 3ª ed., trad. María Esther Rabasco, Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

SUGARMAN, David. “Financial Taxation and Equity Market Development: Optimal Financial Market Tax Policy for Developing Countries”, in *United Nations Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, 11º Encontro, Documento nº ST/SG/AC.8/2003/L.5, 2003.

THURONYI, Victor. “The Concept of Income”, in Paul Caron et al. (org.), *Federal Income Tax Anthology*, Cincinnati; Ohio: Anderson, 1997, pp. 107-111.

TILBERY, Henri. *O Novo Imposto de Renda do Brasil: Comentário à Lei nº 7.713/88 Ajustado aos Novos Métodos de Atualização Monetária*. São Paulo: IOB, 1989.

TIPKE, Klaus. “Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (orgs.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, trad. Luís Eduardo Schoueri, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 60-70.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Trad. Luiz Doria Furquim (à 18ª ed.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação da Legislação Tributária*. Trad. Rubens Gomes de Sousa, Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Fundamentos do Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

VOGEL, Klaus. “World-Wide vs. Source Taxation of Income: A Revision and Re-evaluation of Arguments”, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1990, pp. 117-166.

WALD, Arnaldo. “Mercado de Capitais no Brasil”, in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 47-49.

WEF – World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2009–2010*. Genebra: World Economic Forum, 2009.

_____. *The Global Competitiveness Report 2010–2011*. Genebra: World Economic Forum, 2010.

ZILVETI, Fernando Aurelio. “Capacidade Contributiva e Mínimo Existencial”, in Luís Eduardo Schoueri; Fernando Aurelio Zilveti (org.), *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 36-47.

_____. “O Princípio da Realização da Renda”, in Luís Eduardo Schoueri (org.), *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 297-328.

_____. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ZUNZUNEGUI, Fernando. *Derecho del Mercado Financiero*. 3ª ed., Madri; Barcelona: Marcial Pons, 2005.