

Editores
Fabiana Carsoni Fernandes / Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RDTA
60

2º Quadrimestre 2025

Current Issues of Tax Law Review
v. 60 – 2025 / 2nd Quarter



INSTITUTO
BRASILEIRO
DE DIREITO
TRIBUTÁRIO

50
anos

São Paulo – 2025

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL®

Current Issues of Tax Law Review

ISSN: 1415-8124

Qualis B1

Editores: Fabiana Carsoni Fernandes / Fernando Aurelio Zilveti

Editores Assistentes: Álvaro Luis Ribeiro Reis / Jorge Ricardo da Silva Júnior

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

Conselho Editorial Internacional: Alejandro C. Altamirano (Universidad Austral/Argentina), Claudio Sacchetto (Università degli Studi di Torino/Itália), Jacques Malherbe (Catholic University of Louvain/Belgica), Pasquale Pistone (Università degli Studi di Salerno/Itália) e Rainer Prokisch (Maastricht University/Holanda).

Sistema de avaliação de artigos científicos: dupla avaliação cega por pares (*double blind peer review*).

Plataforma de submissão e avaliação de artigos OJS (Open Journal Systems)

Acesso à Plataforma: <http://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/login>

E-mail da Revista: publicacaordta@ibdt.org.br

Periodicidade: quadrimestral

2º quadrimestre 2025 (Volume 60)

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL®

Current Issues of Tax Law Review

v. 60 – 2º quadrimestre 2025

v. 60 – 2025 / 2nd quarter

Conselho Científico / Scientific Board (Avaliadores): Alessandra Dabul, Alessandra Okuma, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Alfa Oumar Diallo, Álisson José Maia Melo, Ana Maria Jara Bothon Faria, Ana Paula Basso, André Borges Coelho de Miranda Freire, André Elali, André Felipe Canuto Coelho, André Folloni, André Mendes Moreira, André Pedreira Ibañez, Andrei Cassiano, Andrei Pitten Velloso, Andreia Cristina Scapin, Antonio Carlos de Souza Jr., Antônio Machado Guedes Alcoforado, Argos Gregorio, Aristóteles Queiroz Camara, Arthur Maria Ferreira Neto, Artur Cortez Bonifácio, Atílio Dengo, Bruna Camargo Ferrari, Bruno Capelli Fulginiti, Caio Augusto Takano, Carlos Araújo Leonetti, Carlos Augusto Daniel Neto, Carlos Octávio Ferreira de Almeida, Carlos Renato Cunha, Carlos Victor Muzzi Filho, Carolina Schaffer Ferreira Jorge, Cassiano Menke, Clara Gomes Moreira, Cristiano Araújo Luzes, Cristiano Frederico Ruschmann, Dalton Dallazen, Daniel Monteiro Gelcer, Demetrius Nichèle Macei, Denise Lucena Cavalcante, Diego Bomfim, Éderson Garin Porto, Edison Carlos Fernandes, Edmar Oliveira Andrade Filho, Edson Luciani de Oliveira, Eduardo da Silva Flores, Eduardo Kowarick Halperin, Eduardo Oliveira Agustinho, Elcio Fonseca Reis, Elias Charamba Jr., Elidie Palma Bifano, Eric Castro e Silva, Érico Hack, Fábio Goulart Tomkowski, Fernanda Menezes Pereira, Fernando Daniel de Moura Fonseca, Fernando de Man, Fernando Facury Scaff, Flavio Rubinstein, Francisco Secaf Alves Silveira, Frederico Menezes Breyner, Geilson Salomão Leite, Gilberto de Castro Moreira Junior, Giovana Portolese, Guilherme Galdino, Gustavo da Gama Vital de Oliveira, Gustavo Gonçalves Vettori, Gustavo Masina, Gustavo Schneider Fossati, Helena Trentini, Hélio Ourém Campos, Henrique Napoleão Alves, Henry Lummertz, Heron Charneski, Hugo de Brito Machado Segundo, Igor Danilevicz, Igor Mauler Santiago, Ivan Allegretti, Ivan Ozai, James Marins, Jeferson Teodorovicz, João Hélio Coutinho, João Sergio Ribeiro, Jonathan Barros Vita, Jorge Rafael Matos, José André Wanderley Dantas de Oliveira, José Otávio de Vianna Vaz, Juciléia Lima, Leandro Marins de Souza, Leonardo Aguirra de Andrade, Leonardo Branco, Leonardo Buissa Freitas, Leonel Cesarino Pessoa, Lise Tupiassu Merlin, Lucas Bevilacqua, Luís Flávio Neto, Mara Eugênia Buonanno Caramico, Marcelo de Lima Castro Diniz, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Pedroso Ilarraz, Marciano Seabra de Godoi, Márcio Ladeira Ávila, Marco Antonio Karam Silveira, Marco Antonio Veríssimo Teixeira, Marco Bruno Miranda Clementino, Marcos Antonio Bezerra Brito, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Marcos de Aguiar Villas-Bôas, Marcus Lívio Gomes, Maria Carolina Maldonado Kraljevic, Maria de Fátima Ribeiro, Maria Vittoria Serrano, Mariana Porto Koch, Martha Leão, Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Martinho Martins Botelho, Maurício Barros, Maurício Dalri Timm do Valle, Maurin Almeida Falcão, Maysa Pittondo Deligne, Melissa Guimarães Castello, Michel Haber Neto, Michell Przepiorka, Miguel Delgado

Gutierrez, Mônica Pereira Coelho, Onofre Alves Batista Júnior, Paula Zugaib
Destruti, Paulo Ayres Barreto, Paulo Roberto Coimbra Silva, Paulo Rosenblatt,
Paulo Victor Vieira da Rocha, Pedro Adamy, Pedro Guilherme Lindenberg
Schoueri, Pedro Júlio Sales D'Araújo, Phelippe Toledo Pires de Oliveira, Rafael
Frattari, Raphael Lavez, Ramon Tomazela Santos, Raquel Cavalcanti Ramos
Machado, Renato Lopes Becho, Ricardo Alessandro Castagna, Ricardo Lodi
Ribeiro, Roberto Biava Jr., Roberto Codorniz Leite Pereira, Roberto França
Vasconcellos, Roberto Quiroga Mosquera, Rodolfo Tsunetaka Tamanaha,
Rodrigo Caramori Petry, Rodrigo Kanayama, Rodrigo Maito da Silveira, Rodrigo
Ramos Lourega de Menezes, Rosaldo Trevisan, Sarah Maria Linhares de Araújo,
Sergio André Rocha, Tácio Lacerda Gama, Tiago Rios Coster, Ubaldo Cesar
Balthazar, Valdevino Pedro da Silva, Valmir Cesar Pozzetti, Valter de Souza
Lobato, Valterlei da Costa, Victor Borges Polizelli e Vladimir da Rocha França.

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL®

Current Issues of Tax Law Review

v. 60 – 2º quadrimestre 2025

v. 60 – 2025 / 2nd quarter

Rede de bibliotecas depositárias: ABDF – Associação Brasileira de Direito Financeiro, AJUFESP, Centro Universitário Nove de Julho – UNINOVE, Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS, DCE – BLS – Diretório Central dos Estudantes Barbosa Lima Sobrinho da Universidade Cândido Mendes – Campus Niterói, Escola de Administração Fazendária – ESAF, Escola de Direito da Universidade do Minho, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, Faculdades Integradas de Osasco – UNIFIEO, Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/FIAM/FAAM, Fundação Getúlio Vargas – FGV – SP, IBFD – International Bureau Fiscal Documentation, Instituto de Estudios Fiscales, ITC – International Tax Center, Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Campinas, Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-GO, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, UNISINOS, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Externado de Colômbia, Universidade Católica de Brasília – UCB-DF, Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Universidade Católica de Santos – UNISANTOS, Universidade de Brasília – UNB, Universidade de São Paulo – USP – Faculdade de Direito, Universidade do Estado da Paraíba – UEPB, Universidade Estadual de Londrina – UEL, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Universidade do Estado de São Paulo – UNESP, Universidade Estadual do Amazonas, Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Universidade Federal de Goiás – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Universidade Federal de Sergipe – UFS, Universidade Federal do Ceará – UFC, Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Universidade São Judas Tadeu, Université Catholique de Louvain, Vienna University of Economics and Business Administration, Universidade FUMEC, Administration e Forschungsstelle für Europäisches und Internationales Steuerrecht (da Universidade de Munique), Tribunal Regional Federal da 1^a Região, Tribunal Regional Federal da 2^a Região, Tribunal Regional Federal da 3^a Região, Tribunal Regional Federal da 4^a Região, Tribunal Regional Federal da 5^a Região, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, Tribunal de Impostos e Taxas – TIT – SP, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.



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

Diretoria

Presidente: Luís Eduardo Schoueri

Vice-Presidente: João Francisco Bianco

Diretor Administrativo e Financeiro: Rodrigo Maito da Silveira

Diretores Executivos: Bruno Fajersztajn, Fernando Aurelio Zilveti,

José Maria Arruda de Andrade, Luís Flávio Neto e Martha Toribio Leão

Conselho Deliberativo

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva, Leonardo Aguirra de Andrade,

Mara Eugênia Buonanno Caramico, Michell Przepiorka Vieira,

Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maito da Silveira, Ricardo Mariz de Oliveira,

Salvador Cândido Brandão Junior e Victor Borges Polizelli

A *Revista Direito Tributário Atual* é marca registrada do

Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

Todos os direitos reservados.

Carta dos Editores

Editors Note

Com a chegada da primavera, entregamos mais uma edição da *Revista Direito Tributário Atual*. Trata-se da revista de n. 60. São sessenta edições, tendo cada uma delas servido para pavimentar o caminho e, com isso, consolidar a *Revista* como um dos mais importantes periódicos nacionais em matéria de direito tributário. Tudo isso é reflexo da qualidade dos temas divulgados na *Revista* e do rigor científico de cada publicação.

A revista de n. 60 é divulgada juntamente com os *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Atual*. Em maio, o IBDT promoveu mais um exitoso congresso brasileiro. Nele, mais de 80 painelistas analisaram e debateram os desafios do direito tributário no Brasil em um cenário de modificações substanciais em nível constitucional e infraconstitucional. Em comum, a revista de n. 60 e os *Anais* têm a qualidade de suas publicações, a atualidade e, em alguns casos, a semelhança da temática em ambos tratada. Como o leitor poderá notar, a *Revista* cuida de temas atuais e ainda pouco explorados, como a responsabilidade tributária na Lei Complementar n. 214. É o Prof. Marco Aurélio Greco quem nos brinda com um trabalho sobre o assunto. Nos *Anais*, foi o Ex-Presidente do Instituto e Conselheiro Vitalício, Prof. Ricardo Mariz de Oliveira, quem enfrentou o assunto. A tributação da renda nos *trusts* foi abordada em artigo de José Wesley Silva Cabral, além de tangenciada em nossos *Anais* em publicação de Alina Miyake sobre o uso, no Brasil, de políticas públicas fomentadas pela OCDE.

Outros artigos merecem menção. Na *Revista*, o IOF é tratado em dois artigos de grande relevância e atualidade: Nathalia de Bem Ferrom e Marcio Pedrosa Junior analisam, respectivamente, as operações com Criptocabo e *Stablecoins*. O IPTU é igualmente estudado em dois artigos: André Borges Coelho de Miranda Freire, ex-pesquisador do Instituto, e Álvaro Luis Ribeiro Reis, Artur Rico Rolim, Brunna Regina Picote, Murilo Marcilio Zilinski e Rodolfo Paolo de Souza, pesquisadores do IBDT Jovem, cuidam, respectivamente, da base de cálculo do tributo e controvérsias jurisprudenciais sobre ele. Merece destaque a interdisciplinariedade entre direito tributário e contabilidade enfrentada por Daniel Piga Vagetti em artigo sobre ativos e passivos fiscais diferidos em contratos de arrendamento. Por fim, mencione-se o sempre atual e controvertido tema da tributação das permutas pelo imposto de renda, o qual é analisado pelo Presidente do

Instituto, Prof. Luís Eduardo Schoueri, em coautoria com Guilherme Galdino. São variados, atuais e interessantes, como se vê, os temas entregues aos nossos leitores.

Boa leitura!

Fabiana Carsoni Fernandes

Fernando Aurelio Zilveti

publicacaordta@ibdt.org.br

Linha Editorial da Revista Direito Tributário Atual

Linha Editorial

A *Revista Direito Tributário Atual – RDTA* publica artigos de caráter científico permanente, preferencialmente voltados para temas da atualidade, na área do Direito Tributário, admitida a interdisciplinaridade com áreas do conhecimento (jurídicas ou não) afins à problemática jurídica tributária. Não serão aceitos trabalhos como pareceres ou monografias de especialização sem a necessária adaptação; nem os que tragam excesso de transcrições (que, de maneira geral devem ser evitadas) ou de notas de rodapé.

A *Revista Direito Tributário Atual* pretende estimular os autores a produzir trabalhos de qualidade científica, que contribuam para o debate acadêmico, aqueles que podem ser ditos instigantes, que acrescentem algo, que não sejam meras repetições. Isso significa que a *Revista* pretende ser autêntico incentivo e nunca motivo de desânimo aos que pretendam colaborar para a *RDTA*. A eventual rejeição de artigos pelo Conselho Científico espera ser vista como estímulo ao crescimento.

Política Editorial

A *Revista Direito Tributário Atual* não se orienta por qualquer linha de pensamento, sendo os autores inteiramente livres para manifestar suas opiniões doutrinárias sobre os temas que escolherem. Contudo, os artigos devem ater-se aos aspectos científicos do tema tratado, podendo conter divergência doutrinária expressa ou implícita perante outros estudiosos, nomeados ou não, mas não deverão representar críticas à sua conduta acadêmica ou pessoal ou mesmo aos seus métodos de exercício das suas atividades profissionais ou acadêmicas. Trabalhos que desrespeitem a linha editorial da *RDTA* serão rejeitados preliminarmente.

Avaliação de Artigos

A partir da edição número 31 da *Revista Direito Tributário Atual*, a avaliação passou a adotar o processo conhecido como “double blind peer review”. Todos os artigos devem ser submetidos através da Plataforma OJS Online.

Após a submissão do artigo à Plataforma, ele é encaminhado imediatamente à averiguação preliminar da conformidade com a política editorial da *RDTA*, realizada privativamente pelo Coordenador da *Revista*, sem identificação de autoria (“blind”), que poderá rejeitar preliminarmente artigos que estejam em desconformidade com a referida política. Não apresentando impedimentos relativos à política editorial, após liberação do artigo pelo Coordenador da *Revista*, inicia-se o Processo de Avaliação Científica.

Iniciando-se o Processo de Avaliação Científica, os artigos são encaminhados ao Editor-chefe, que verifica preliminarmente a adequação formal do artigo científico à linha editorial da *Revista* (inclusive quanto à extensão do trabalho).

Ultrapassada essa segunda triagem (formal), cada artigo será remetido a dois pareceristas (avaliadores doutores em direito ou em áreas afins) do Conselho Científico da *RDTA* para avaliação qualitativa de conteúdo, sem identificação de autoria, e sem identificação dos pareceristas. O prazo para elaboração do parecer será de até 20 dias, prorrogáveis por mais 20, após a distribuição do trabalho para exame. Cada parecerista somente poderá examinar dois trabalhos por semestre no sistema “double blind peer review”. Ficarão registradas na Plataforma OJS as seguintes datas: de recebimento do artigo, de emissão do parecer e da comunicação do resultado ao autor. Com o envio dos dois pareceres encaminhados pelos pareceristas à *Revista*, tem-se por concluída a etapa de avaliação. Nesse contexto, o resultado da avaliação e os pareceres (sem identificação) serão encaminhados ao autor do trabalho para simples ciência ou para que, desejando, incorpore as modificações sugeridas no Parecer, às quais ficará, ou não, vinculada a autorização de publicação. Os trabalhos devem ter cerca de 20 páginas, mas a regra não é absoluta, ficando a cargo do Editor-chefe ponderar a adequação da extensão ao tema.

Critérios de Avaliação

Os artigos serão avaliados pelos pareceristas segundo os critérios explicitados abaixo:

- Originalidade do trabalho;
- Correção ortográfica, adequação das citações, referências e fontes no trabalho;
- Adequação e qualidade da bibliografia;
- Qualidade da escrita e da estrutura do trabalho;
- Impacto potencial do trabalho na área de estudo.

O avaliador, com base nos critérios acima, poderá redigir parecer: favorável à publicação do trabalho, sem exigências; favorável à publicação, com exigências, recomendações ou correções a serem inseridas no trabalho; não favorável à publicação.

Em qualquer hipótese, o autor será notificado do resultado e receberá o formulário de avaliação preenchido pelos avaliadores (sem identificação de autoria), segundo os critérios acima, permitindo assim que o autor possa aperfeiçoar ou corrigir o trabalho.

Critérios para Desempate de Avaliação

Estas diretrizes são destinadas aos casos em que um avaliador aprove o trabalho e outro não, sendo o desempate resolvido da seguinte forma:

- se o avaliador que negou aprovação sugeriu adaptações, e o autor aceitar fazê-las, o trabalho voltará ao mesmo avaliador para nova revisão, com solicitação de efetuá-la no prazo de uma semana; caso este mantenha a recusa do trabalho, será ele encaminhado para um terceiro desempatedor, com as fichas de avaliação dos dois anteriores pareceristas;

- se o avaliador que negou aprovação sugeriu adaptações, mas o autor não quiser fazê-las, poderá solicitar a revisão por terceiro revisor, justificando suas razões por escrito;
- em qualquer caso, a terceira revisão também será “blind” e será definitiva;
- será organizado um grupo de revisores para que a terceira revisão possa ser feita dentro do prazo de remessa para publicação, escolhendo-se este grupo entre aqueles que possam fazê-la no espaço máximo de uma semana.

Artigos e Materiais não Sujeitos a “Double Blind Peer Review”

Em casos especiais, poderá a *Revista Direito Tributário Atual* formular convites para publicação, deliberados previamente pelo Conselho Editorial, os quais serão publicados sem qualquer revisão. A *RDTA* também poderá aceitar artigos enviados por autores que não se interessem pelo processo de “double blind peer review”, os quais serão avaliados pelo Conselho Editorial segundo as normas aqui expressas. Em ambos os casos, tais artigos serão publicados à parte dos demais artigos aprovados no sistema “double blind peer review”. Em todas as edições, o número de artigos não submetidos a “double blind peer review” não superará o percentual máximo admitido para revistas que atendam o padrão Qualis.

Informações relevantes, relatórios, traduções de trabalhos estrangeiros ou trabalhos premiados pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, que também não serão sujeitos a “double blind peer review” serão igualmente publicados à parte, respeitando as mesmas regras.

Remessa de Textos

Os artigos devem ser inéditos (admitida a publicação prévia no exterior em versão original, em se tratando de traduções para a língua portuguesa). Os trabalhos devem obrigatoriamente ser encaminhados através da Plataforma OJS *Online* da *Revista* (<http://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/login>).

Idiomas

Os artigos podem ser redigidos nos seguintes idiomas: português, inglês e espanhol.

Por outro lado, é autorizado o uso da língua portuguesa, inglesa, espanhola, francesa, italiana ou alemã na elaboração do segundo idioma referente ao título, ao resumo e às palavras-chave do artigo.

Identificação da Autoria dos Artigos

A identificação da autoria ou coautoria do artigo deverá ser realizada dentro da Plataforma OJS *Online* da *Revista*. Contudo, o arquivo referente ao artigo não poderá possuir qualquer identificação de autoria, que somente será incluída no artigo após a aprovação do trabalho.

Em caso de aprovação do trabalho, será obrigatória a inclusão da identificação do autor e/ou coautores do trabalho. Nessa oportunidade, será obrigatória a menção a títulos acadêmicos, devendo ser indicados os títulos de Especialização, Mestrado ou mais avançados. A menção da condição de professor deve restringir-se àquelas situações de permanência no corpo docente (graduação ou pós-graduação “stricto sensu”). Assim, tais títulos serão citados como, por exemplo, Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Não serão indicadas as condições de bacharel, nem a de professor a convite, para alguma(s) aula(s), como costuma ocorrer, por exemplo, em Cursos de Especialização.

Somente é autorizada a menção expressa à condição de aluno do curso de pós-graduação “stricto sensu” (por exemplo, doutorando em direito pela Universidade de São Paulo ou Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília).

Os títulos profissionais serão citados sem especificações de local de trabalho. Somente admite-se a menção à UF de atuação (São Paulo, Minas Gerais etc.) ou país de origem (em caso de autor estrangeiro). Serão aceitas indicações, por exemplo, de Advogado em São Paulo, Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Juiz Federal em Salvador etc. Porém, não serão aceitas especificações da seguinte ordem: “Advogado no Escritório Castanhas e Castanhas”, “Juiz Federal da 3^a Vara Especializada Previdenciária de Juazeiro do Norte” etc.

Regras de Formatação do Artigo Científico

Os artigos deverão conter, obrigatoriamente: título do trabalho em dois idiomas (ex: português/inglês), resumo em dois idiomas, palavras-chave em dois idiomas, introdução, desenvolvimento, conclusão e referências bibliográficas completas ao final do artigo. Em linhas gerais, os artigos devem obedecer às normas da ABNT. Contudo, citações no trabalho devem ser feitas pelo sistema de notas de rodapé (e não pelo sistema “autor-data”). As demais normas formais para formatação do artigo encontram-se publicadas no *website* do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, www.ibdt.org.br.

Dúvidas sobre o procedimento de submissão e avaliação podem ser encaminhadas para: publicacaordta@ibdt.org.br.

Cordialmente,

Equipe Editorial da *RDTA*.

Current Issues of Tax Law Review

General Editorial Guidelines

Overview

Current Issues of Tax Law Review (RTDA, acronym in Portuguese) publishes often scientific articles, mostly on current issues, in Tax Law, allowing interdisciplinarity in knowledge areas (legal or not) related to tax law issues. *RTDA* will only allow adapted essays or academic texts, but no one with excessive transcripts (that should be avoided) or footnotes.

RTDA aims to encourage authors to produce quality scientific works contributing to academic discussions, one can be said provocative and adding significant meaningful value, instead of mere repetitions. This means that *RTDA* aims being authentic incentive and never discourage those wishing to collaborate and write papers for *RTDA*. One hopes that eventual rejected articles by the Scientific Board would be seen as significant professional growth.

Editorial Policy

RTDA does not have any line of thought, allowing authors entirely free to express their opinions on any chosen topic. Though articles should be in regards to scientific aspects, allowed to have doctrinal differences, expressed or implied by any other scholar, but they should not express criticism to their academic or personal behavior or even represent their own methods of professional or academic activities. *RTDA* reserves the right to reject, at any stage, any submission that does not meet editorial policy.

Article Submission Guidelines

From *RTDA* 31st edition on, we have come across the terms, using double blind peer review. All articles should be submitted using OJS online system.

All submitted articles will be immediately read by the Editorial Board for a formal review in order to verify *RTDA* editorial policy and will be analyzed by an anonymous reviewer, which could be able to reject them, in advance, whether they do not comply with the requirements and directives for process. In case they do not present any hindrance related to the editorial policy, the articles approved by the Editorial Board, it will start a scientific evaluation procedure.

When the scientific evaluation procedure begins, all the articles are sent to the editor-in-chief, who verifies whether they are deemed appropriate to *RTDA*'s editorial line (including the work's extent). Once this formal screening has been done, each article will be forwarded to two reviewers (with PhD in tax law) of the Editorial Board, who will be in charge for a qualitative evaluation of content, not identifying themselves. Delivery deadlines by the reviewers will be up to 20 days, extending further 20. Each reviewer will be able to read only two articles every six months using double blind per review. At platform OJS, there will be registered

when the article is posted and the date the article has been released with the reviewer's feedback to the author. The evaluation stage is ready as soon as the peer review process is done by the submission and comments sent to *RTDA*. In this context, the evaluation and comments (with no identification) will be sent to the author just to be aware, or wishing to add the comments suggested, which could be bound or not by magazine's approval. Papers should have no more than 20 pages, but this guideline is not absolute, meaning that the Editor-in-Chief would evaluate whether the length of an article is appropriate for the subject.

Rating criteria

The submitted articles will be first checked by the reviewers following these additional criteria below:

- Originality;
- Proofreading, consisting formatting citations and references;
- Citations of articles should conform the bibliography formats;
- Quality writing and framework;
- Potential impact of one research.

Based on the criteria above, the reviewer should write comments: whether the paper is suitable for publication, with no further requirements; whether the paper is suitable for publication, with requirements; not suitable for publication.

Regardless of what happens, the author will be notified, receiving the article with the reviews (anonymously), following the criteria above, allowing the author to improve or check the paper.

Tiebreaker Procedures

The following criteria will be applied when comments from two reviewers are conflicting, and two referees disagree about the article in order to a tiebreaker:

- Whether the reviewer that has rejected the article, suggesting changes and the author accepts to make them, revising it, the paper will return to the same reviewer for a further evaluation, requesting a week deadline; if the reviewer still refuses the article, it will be sent to a third reviewer for tiebreaker , including the two reviewers comments;
- If the reviewer who has rejected the changes, but the author does not want to do them, he may request a third reviewer, providing a reasonable explanation;
- Regardless of what happens, a third “tiebreaker” blind review will be done;
- A reviewers group will be set in order to get done a third review, following the deadline's magazine. And one will be elected to review it in only one week.

Articles not to be submitted for a Double Blind Peer Review

RDTA will be able to invite people to collaborate on articles, with previously approval at Editorial Board, in special occasions, which will be published with no

review. *RDTA* could also accept articles sent by authors, who do not wish their articles for double blind peer review. They will be reviewed by the Editorial Board, following the criteria mentioned here. In both cases, such papers will be published a part from the articles using double bind peer review. In all editions, articles not submitted to double blind review will not exceed the number allowed, meeting Qualis procedures.

Relevant information, informs, foreigner texts translated or even awarded articles by Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, which would not be submitted to double blind review either will also be published a part, meeting the same criteria.

Submitting Texts

The articles should be original, that has never been published (there will only be allowed articles published in original version, that means translation to Portuguese). Texts must be submitted using OJS Platform (<http://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/login>).

Languages

Articles should be written in the following languages: Portuguese, English and Spanish.

By the other hand, it is allowed the use of Portuguese, English, Spanish, French, Italian or German languages when writing articles as a second language referring to title, abstract and keywords' article.

Authorship Identification of Research Papers

The authorship or co-authorship identification should be done within OJS Platform's. Though the file related to the article cannot have any kind of authorship identification, which will be included after the work being approved.

If the article is accepted, an author must include authorship and also co-authorship. One must also mention academic degrees, master or PhD or even additional degrees. Mentioning a professor status should be restricted when he/she remains in the university (graduate, postgraduate; *stricto sensu*). Thus, such academic title degrees will be mentioned, for instance, PhD in Law and Economics at the University of São Paulo, master's degree in Public Law at Universidade Federal de Pernambuco, adjunct associate professor at Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. There will not be accepted article mentioning bachelors' degrees or invited professors at specialization courses.

One only accepts references when the author is a postgraduate *stricto sensu* student (for instance, admitted to a PhD Law degree program at Universidade de São Paulo or a Law master degree program at Universidade de Brasília).

Job titles will be mentioned with no workplace details. One only allows mentioning origin's state (such as São Paulo or Minas Gerais) or country (such a foreigner author). One will allow mentioning, for instance Lawyer in São Paulo, Judge at Minas Gerais, State Attorney at Rio de Janeiro, Federal Judge at Salva-

dor. Nevertheless, one will not allow job titles such as: “Lawyer at Castanhas e Castanhas Office”, “Federal Judge at 3rd Vara Especializada da Previdência de Juazeiro do Norte”.

Guidelines for Scientific Papers

Articles should include: the title in two languages (Portuguese/English, for instance), an abstract in two languages, keywords in two languages, introduction, problem proposals, conclusion; bibliographical references should come in the end of the article. In brief, articles should follow ABNT guidelines. However, citing references should be done using footnotes system (do not use “author-date” system). Further formatting rules are available at Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) site: www.ibdt.org.br.

Further questions for submitting an article can be sent to publicacaordta@ibdt.org.br.

Dúvidas sobre o procedimento de submissão e avaliação podem ser encaminhadas para: publicacaordta@ibdt.org.br.

Best regards,

RDTA Editorial Board.

Índice

Seção I – Artigos Selecionados em Sistema de Avaliação *Double Blind Peer Review*

ANA CAROLINA SEBBA DE PÁDUA FREITAS DONADI

ITCMD Pós-reforma Tributária: uma Análise à Luz da Desconcentração de Riqueza e Justiça Fiscal

1. Introdução.
2. O ITCMD e seu papel na desconcentração de riqueza, justiça fiscal e capacidade contributiva.
- 2.1. Os planejamentos tributários e a função extrafiscal do ITCMD.
3. A Emenda Constitucional n. 132/2023 e suas modificações ao ITCMD.
- 3.1. A alteração da sujeição ativa e o desestímulo ao planejamento tributário.
- 3.2. A observância obrigatória ao regime progressivo de alíquotas.
- 3.3. A previsão normativa de tributação sobre transmissões de bens e pessoas com vínculo ao exterior.
4. O PLP n. 108/2024 e a busca pela desconcentração de riqueza, justiça fiscal e observância à capacidade contributiva no ITCMD.
- 4.1. A base de cálculo do ITCMD para transmissão de participações societárias.
- 4.2. O instituto do domicílio regulamentado pelo PLP n. 108/2024.
5. Conclusão. Referências bibliográficas.

25

ANANDA ELISA BARBOSA DO NASCIMENTO ROSSI GRECO

Controle de Constitucionalidade no Âmbito dos Processos Administrativos Tributários Estaduais: Aplicação dos Precedentes Vinculantes dos Tribunais Superiores

1. Introdução.
2. Análise econômica do direito como proposta metodológica do trabalho.
3. Princípio da legalidade no ordenamento jurídico tributário.
4. O papel do processo administrativo tributário: do controle de legalidade à defesa do contribuinte.
5. A função judicante do Poder Executivo e a (im)possibilidade de controlar a constitucionalidade dos atos administrativos.
6. A aplicação dos precedentes vinculantes dos tribunais superiores como forma de promoção da eficiência da administração pública.
7. Breve análise das legislações estaduais.
8. Considerações finais. Referências.

56

ANDRÉ BORGES COELHO

A Base de Cálculo do IPTU da Décima Urbana de 1808 até a EC n. 132/2023: uma Análise Histórica à Luz da Legalidade e da Isonomia

1. Introdução.
2. Problema atual e origens da base de cálculo do IPTU.
- 2.1. O problema atual: a rigidez da base de cálculo fixada em lei e suas consequências.
- 2.2. A história da base de cálculo do IPTU: da décima urbana à PGV.
3. Análise jurídica sob os aspectos da legalidade e da isonomia.
- 3.1. Legalidade tributária: a distinção fundamental entre base de cálculo e lançamento.
- 3.2. Isonomia tributária e a desigualdade gerada pela PGV fixa no tempo.
4. A nova previsão da EC n. 132/2023.
5. Conclusão.
6. Referências.

83

DANIEL PIGA VAGETTI

Análise Crítica do CPC 32 sobre a (Des)necessidade do Reconhecimento Contábil de Passivos e Ativos Fiscais Diferidos em Contratos de Arrendamento

1. Introdução.
2. Breves considerações sobre arrendamento (CPC 06).
3. CPC 32 e a (des)necessidade do reconhecimento de passivos e ativos fiscais diferidos.
4. Considerações finais.
5. Referências.

105

DEIVISON ROOSEVELT DO COUTO

A Função Extrafiscal do Imposto Seletivo sob a Ótica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Extrafiscalidade Tributária

1. Introdução.
2. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e o princípio tributário da defesa do meio ambiente.
3. A saúde como direito fundamental.
4. Extrafiscalidade tributária: conceito, função e aplicações.
5. Extrafiscalidade tributária sob a ótica do STF.
6. Imposto Seletivo: disposições preliminares e normas gerais.
7. Imposto Seletivo: análise da função extrafiscal do imposto à luz da jurisprudência do STF sobre a extrafiscalidade tributária.
8. Considerações finais.
9. Referências.

116

GADAFY DE MATOS ZEIDAM

Sobre Sentido e Referência dos Termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa”: um Debate em Benefício da Sociedade Brasileira

1. Introdução.
2. A importância de uma cobrança tributária efetiva.
3. Sentido e referência.
4. Conclusão.
5. Bibliografia.

138

JOSÉ IVAN AYRES VIANA FILHO

A Negociação Tributária como Executora da Vedação aos Efeitos de Confisco

- Introdução.
1. O princípio, a regra, o postulado, o direito e a garantia fundamental, na modalidade limite, da vedação aos efeitos de confisco.
 - 1.1. A vedação aos efeitos de confisco como um princípio jurídico.
 - 1.2. A vedação aos efeitos de confisco como uma regra jurídica.
 - 1.3. A vedação aos efeitos de confisco como um postulado jurídico.
 - 1.4. A vedação aos efeitos de confisco como um direito fundamental.
 - 1.5. A vedação aos efeitos de confisco como uma garantia fundamental, na modalidade limite.
 2. A vedação aos efeitos de confisco concretizada pelo negócio jurídico processual.
 3. A vedação aos efeitos de confisco concretizada pela transação tributária.
- Conclusões. Referências bibliográficas.

157

JOSÉ WESLEY SILVA CABRAL

Análise da Incidência Tributária sobre o *Trust/Fidúcia com Base no Projeto de Lei Complementar n. 145/2022, no Projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e na Lei Ordinária n. 14.754/2023*

- Introdução.
1. O que é o *trust/fidúcia*?
 2. Da tributação quanto ao ato de transferência de bens e direitos da fidúcia.
 3. Da tributação quanto aos ganhos, proventos, rendimentos e incorporações da fidúcia.
- Conclusão. Referências bibliográficas.

186

MARCELO FERRAZ PINHEIRO

Vício de Simulação no Planejamento Tributário Brasileiro: entre a Liberdade do Contribuinte e o Poder de tributar do Fisco

Introdução. I. O necessário respeito às fontes do direito. II. Conceito de simulação no ordenamento jurídico brasileiro. III. O direito à liberdade de exercício da atividade econômica. IV. Requisitos de validade do planejamento tributário. V. Possíveis critérios para desconsideração do planejamento tributário simulado. Conclusão. Bibliografia.

203

MARCIO PEDROSA JUNIOR

Tributação da Economia Digital: IOF-Câmbio nas Operações com *Stablecoins*

1. Introdução. 2. O IOF e o conceito de operações de câmbio. 3. O fato gerador do IOF e a atuação regulatória da autoridade monetária. 4. Afinal, o que são *stablecoins*? 5. *Stablecoins*, o conceito de moeda estrangeira e de documento que a represente e sua colocação à disposição do interessado. 6. *Stablecoins* e operações de câmbio dissimuladas. 7. Conclusões. 8. Referências.

227

NATHALIA DE BEM FERRON

O IOF-Câmbio e as Operações de Criptocabo

Introdução. 1. Operações de criptocabo. 1.1. Das *stablecoins*. 1.2. Da definição das operações de criptocabo. 1.3. Da licitude das operações de criptocabo. 2. Hipótese tributária do IOF-Câmbio. 2.1. Conceito de operação. 2.2. Conceito de câmbio. 2.3. Conceito de moeda. 3. Incidência do IOF-Câmbio nas operações de criptocabo. 3.1. Aspecto material. 3.2. Aspecto pessoal. Conclusão. Bibliografia.

250

PAULO VICTOR VIEIRA DA ROCHA

O IRPJ e a CSLL sobre as Subvenções na Jurisprudência do STJ e o Significado da Expressão “Créditos Presumidos” em Face do Princípio Federativo

1. Introdução. 2. Os critérios jurisprudenciais para a definição de créditos presumidos. 3. O efeito de recuperação como critério decisivo. 4. Considerações finais. Referências.

285

**Seção II – Artigos de Autores (não Submetidos ao Sistema de Avaliação
Double Blind Peer Review)**

ÁLVARO LUIS RIBEIRO REIS / ARTUR RICO ROLIM / BRUNNA REGINA PICOTE / MURILO MARCILIO ZILINSKI / RODOLFO PAOLO COSTA DE SOUZA

O IPTU e as Concessionárias de Serviço Público: uma Questão aparentemente Inacabada

1. Introdução.
2. Imunidade tributária.
3. Tema n. 385.
4. Tema n. 437.
5. Tema n. 508.
6. Tema n. 1.140.
7. Tema n. 1.297.
8. De fato não existe jurisprudência?
9. Conclusão.

303

FERNANDO AURELIO ZILVETI

Novos Princípios do Sistema Tributário Constitucional Brasileiro

1. Introdução.
2. A ideia original de princípios de direito tributário constitucional brasileiro de 1988.
3. Os novos princípios introduzidos no sistema tributário brasileiro.
4. A convivência entre os princípios.
5. Algumas decisões comparadas de Cortes Constitucionais sobre o convívio entre princípios.
6. Conclusão.

Referências bibliográficas.

331

LUÍS EDUARDO SCHOUERI / GUILHERME GALDINO

A Tributação do Ganho de Capital: “o que entra ou o que sai”? O Caso da Permuta

- Introdução.
1. Do foco do ganho de capital no valor do bem disponibilizado (“o que sai”).
 - 1.1. Da importância do valor do bem disponibilizado (“o que sai”) a partir da concepção de ganho de capital.
 - 1.2. Da formação da base de cálculo da hipótese tributária do ganho de capital a partir do valor do bem disponibilizado (“o que sai”).
 - 1.2.1. Da importância do valor do bem transmitido até a Lei n. 7.713/1988.
 - 1.2.2. Da importância do valor do bem transmitido a partir da Lei n. 7.713/1988.
- 1.3. Do Princípio da Realização da Renda para os ganhos de capital: os eventos críticos sem contraprestação.
 - 1.3.1. Da discricionariedade na concretização do Princípio da Realização da Renda: a existência de vários eventos críticos possíveis.
 - 1.3.2. Da discricionariedade na concretização do Princípio da Realização da Renda na tributação dos ganhos de capital.
 - 1.3.3. Dos eventos críticos na tributação dos ganhos de capital no Brasil: a existência de eventos críticos sem contraprestação.
2. Da relevância do foco da tributação do ganho de capital no valor do bem disponibilizado: o caso da permuta.
 - 2.1. Do argumento da ausência de liquidez.
 - 2.2. Do argumento da ausência de preço.
 - 2.3. Do argumento da equivalência jurídica das prestações.
 - 2.3.1. Do sacrifício do permutante.
 - 2.3.2. Da equivalência jurídica no momento da permuta: a existência de efetiva renda passível de tributação e não de mera expectativa.
 - 2.4. Do bem recebido conforme a contabilização no outro permutante.
- Conclusão.
- Bibliografia.

349

*MARCO AURÉLIO GRECO***Responsabilidade Tributária: o Mundo Mudou**

1. Colocação do problema. 2. A tentativa do Estado do Mato Grosso. 3. Alteração constitucional superveniente. 4. Novo tipo de responsabilidade tributária. 5. O modelo adotado no Código Penal. 6. Lei Complementar n. 214/2025. 7. “Concorrer omissivamente para”. 8. Início da realização, da execução ou do pagamento. 9. Graduação da responsabilidade. 10. Não aplicação a outros tributos. 11. Conclusão. Referências bibliográficas.

390

*RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA***Ainda a Norma do Art. 129 da Lei n. 11.196: sua Interpretação e seu Alcance**

1. Considerações introdutórias e gerais sobre a norma do art. 129 da Lei n. 11.196, inclusive em face de outras normas de equiparação de pessoas naturais e empresas individuais a pessoas jurídicas. 2. Aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma do art. 129 da Lei n. 11.196: sua abrangência apenas de sociedades ou também de pessoas físicas e empresas individuais. 3. Aspecto material da hipótese de incidência da norma do art. 129, com algumas considerações adicionais sobre o aspecto pessoal e sobre a parte dispositiva da norma. 4. Conclusão, alinhada com o pensamento do STF. 5. Conclusão, e suas surpresas. Referências.

413

**Artigos Selecionados em Sistema de
Avaliação *Double Blind Peer Review***

ITCMD Pós-reforma Tributária: uma Análise à Luz da Desconcentração de Riqueza e Justiça Fiscal

ITCMD Post-tax Reform: an Analysis in Light of Wealth Decentration and Tax Justice

Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas Donadi

Advogada. Doutoranda em Direito Constitucional e Mestre em Direito Econômico pelo IDP-DF. Especialista em Direito Societário e Contratos Empresariais (PUC-PR).

Especialista em Direito do Consumidor (IBMEC-Damásio). Especialista em Direito Contratual (Estácio-CERS). Especialista em Direito Tributário (IBET-GO).

Bacharela em Direito pela PUC-GO. E-mail: ana_sebba@hotmail.com.

Recebido em: 27-3-2025 – Aprovado em: 11-6-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.1.2025.2731>

Resumo

A Reforma do Consumo realizou modificações substanciais ao ITCMD, e juntamente com a regulamentação da Reforma, um Projeto de Lei Geral de ITCMD vem sendo amplamente debatido. Através do método bibliográfico de pesquisa, pontuou-se papel do ITCMD na desconcentração de riqueza, justiça fiscal e sua observância à capacidade contributiva, destacando o impacto do planejamento tributário no exercício das funções extrafiscais deste imposto, após, verificou-se se as modificações trazidas pela EC n. 132/2023 privilegiaram estas referidas funções, e por fim, analisou-se como o PLP n. 108/2024 trata das duas principais normas utilizadas para a elaboração de planejamentos tributários de ITCMD. Concluiu-se que as alterações trazidas pela EC n. 132/2023, assim como as propostas do PLP n. 108/2024 diretamente corroboram à promoção da desconcentração de riquezas, justiça fiscal e privilegiam o princípio da capacidade contributiva, na medida em que restringem o campo de possibilidades para a elaboração de planejamentos tributários.

Palavras-chave: ITCMD, reforma tributária, desconcentração de riqueza, planejamento tributário.

Abstract

The Consumer Reform introduced substantial changes to the ITCMD, and together with the regulation of the Reform, a General ITCMD Bill has been widely debated. Through the bibliographic research method, the role of the ITCMD in the deconcentration of wealth, tax justice and its observance of the taxable capacity were highlighted, highlighting the impact of tax planning on the exercise of the extra-fiscal functions of this tax. Afterwards, it was verified whether the changes introduced by EC n. 132/23 favor these functions, and finally, it was analyzed how PLP n. 108/24 deals with the two main rules

used for the preparation of ITCMD tax planning. It was concluded that the changes brought by EC n. 132/23, as well as the proposals of PLP 108/24 directly corroborate the promotion of the deconcentration of wealth, tax justice and privilege the principle of contributory capacity, to the extent that they restrict the field of possibilities for the elaboration of tax planning.

Keywords: ITCMD, Consumer Reform, deconcentration of wealth, tax planning.

1. Introdução

O Imposto de transmissão *causa mortis* e doação – ITCMD, de competência dos Estados e do Distrito Federal é um tributo que, embora não incida sobre o consumo, sofreu e vem sofrendo significativas modificações pela Reforma Tributária, advinda primordialmente da Emenda Constitucional n. 132, de 2023.

Alterações substanciais no critério quantitativo e na sujeição ativa deste referido imposto refletem diretamente nas transmissões não onerosas de bens, promovendo de forma direta e indireta a desconcentração de riquezas, justiça fiscal e privilegiando a capacidade contributiva, pilares indissociáveis do Sistema Tributário Nacional.

Mas as modificações referentes ao ITCMD estão só começando. A Emenda Constitucional n. 132, de 2023, iniciou um processo de renovação deste tributo, delineando não só seu arquétipo constitucional de forma a atender os pilares e princípios do Sistema Tributário, como também reavivando a necessidade da elaboração da Lei Geral Complementar deste imposto que, até hoje, não fora criada.

Através do Projeto de Lei n. 108, de 2024, a regulamentação do novo sistema de tributação do consumo está acompanhada de uma proposta de Lei Geral Complementar de ITCMD, que traz os contornos e normas gerais de uniformização deste imposto aos seus Entes competentes.

As alterações já trazidas pela EC n. 132/2023, assim como aquelas propostas através do PLP n. 108/2024, por sua vez, podem potencializar significativamente a utilização do ITCMD como ferramenta de promoção da desconcentração de riqueza, justiça fiscal, e observância ao princípio da capacidade contributiva.

Assim, no presente artigo discorrer-se-á primeiramente sobre a utilização do ITCMD como forma de promover a desconcentração de riquezas, a justiça fiscal e a capacidade contributiva, objetivos necessários e indissociáveis da proposta de Reforma Tributária.

Ato contínuo, serão analisadas as alterações trazidas pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023, de forma a verificar a relação entre as modificações realizadas ao arquétipo constitucional de ITCMD e a promoção da função extrafiscal deste imposto, além da observância destas modificações aos princípios da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

Por fim, analisar-se-á a Proposta de Lei n. 108, de 2024, no que tange à proposta Lei Geral Complementar de ITCMD, para verificar primordialmente as

duas normas concernentes aos critérios mais utilizados para a realização de planejamentos tributários, e se estas normas estão em conformidade com a promoção da desconcentração de riqueza, alinhadas à capacidade contributiva e à justiça fiscal.

O método bibliográfico de pesquisa fora eleito para a elaboração do presente artigo, em razão da necessária análise às doutrinas e aos trabalhos acadêmicos que amplamente debatem sobre o tema da utilização do tributo sobre a herança como forma de promover a desconcentração de riquezas e a justiça fiscal, além da verificação de jurisprudências sobre o tema do presente trabalho, da legislação atual e do projeto de lei sobre normas gerais de ITCMD.

2. O ITCMD e seu papel na desconcentração de riqueza, justiça fiscal e capacidade contributiva

Não é demais lembrar que os impostos existem primordialmente, pela necessidade do Estado de angariar recursos para destiná-los à sua manutenção e à promoção de serviços e garantias à sociedade, dos mais simples aos mais complexos¹.

Neste sentido é que determinadas manifestações de riqueza são eleitas pelo legislador constituinte para que, quando ocorridas, uma parcela desta riqueza seja recolhida pelo sujeito envolvido, e destinada aos cofres públicos. Trata-se da denominada função fiscal do tributo².

Ocorre que, paralelamente à necessidade arrecadatória, os impostos podem também ser utilizados pelo Estado para a indução de comportamentos na sociedade e promoção de determinados objetivos, sejam eles econômicos, sociais ou de outra natureza, constitucionalmente protegidos³, assumindo o que se denomina por função extrafiscal.

Assim discorre Regina Helena Costa⁴:

“A extrafiscalidade aproxima-se da noção de poder de polícia ou de polícia administrativa, conceituada como a atividade estatal consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse coletivo, e que repousa no princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, visando impedir a adoção de condutas individuais contrastantes com o interesse público. Assim, tanto a polícia administrativa quanto a extrafiscalidade,

¹ VALENTIM, Jefferson. Valor de mercado, doação mista e simulação no ITCMD. *Estudos Fiscais sobre ITCMD*. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 175.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348.

³ “A extrafiscalidade, por sua vez, consiste no emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores, constitucionalmente contemplados.” (COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 58)

⁴ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

por meio de instrumentos distintos, definidos em lei, buscam moldar as condutas particulares, para que se afinem aos objetivos de interesse público.”

A extrafiscalidade de um tributo pode ser entendida, portanto, como a utilização de um tributo para uma função que ultrapassa o objetivo de arrecadar valores aos cofres públicos, promovendo uma determinada consequência almejada pelo Estado, de estímulo ou desestímulo a uma determinada situação ou comportamento.

Um dos tributos que possuem este papel para além da função arrecadatória é o ITCMD⁵ – Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, que se constitui por duas hipóteses de incidência a transmissão não onerosa de bens, quer seja em vida – doação – quer seja após o falecimento – *causa mortis*.

Nathalia Daniel Domingues⁶ escreve sobre a utilização do ITCMD para a promoção de finalidades que superam o objetivo arrecadatório. Segundo a Autora, o referido imposto possui o objetivo maior de promover a desconcentração de riqueza e impedir a concentração de riqueza em níveis excessivos.

Nas palavras da Autora⁷:

“Como visto, a tributação sobre a herança e doações é revestida de um objetivo maior, que pode ser visualizado a partir de suas vertentes: corrigir gradualmente, a distribuição de riqueza produzida numa livre economia de mercado, e, ao mesmo tempo, impedir a concentração de riqueza em níveis excessivos. É por esta razão que se afirma que a função precípua do imposto sobre herança e doações é *extrafiscal*.”

A concentração de vultuosas riquezas nas mãos de uma pequena parcela da população é debatida por diversos autores, como Marciano Seabra de Godoi⁸. O Autor dispõe que no Brasil, uma parte considerável de ativos financeiros do mercado está concentrada apenas na mão de uma pequeníssima parcela da população. O autor ainda cita um estudo da Oxfam Internacional, e apresenta que “no Brasil, os indivíduos que compõem o seletivo grupo do 0,01% da população com mais riqueza detém 27% de todos os ativos financeiros do mercado”⁹.

⁵ DOMINGUES, Nathalia Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 82.

⁶ DOMINGUES, Nathalia Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 83.

⁷ DOMINGUES, Nathalia Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁸ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 210.

⁹ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA

Esta concentração de riqueza em uma pequena parcela da sociedade acaba por ser acompanhada de poder econômico e político, desencadeando uma manifesta desigualdade econômica e social, influenciando até mesmo na fruição de direitos e exercício da liberdade individual¹⁰.

Uma das formas de promover esta desconcentração de riqueza nas mãos de poucos é através da tributação de heranças. John Rawls justifica a incidência do imposto sobre herança e doações como uma medida necessária para “corrigir, gradual e continuamente, a distribuição da riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades.”¹¹

Assim, o ITCMD apresenta como uma importante ferramenta de promoção à desconcentração de riquezas, assumindo neste ponto, sua função extrafiscal, na medida em que retira do particular uma parcela de seu patrimônio para redistribuí-la à sociedade, promovendo de igual modo, a redução da concentração excessiva de recursos.

Neste mesmo sentido aponta Ricardo Lobo Torres¹², ao discorrer que a tributação de doações e heranças manifesta uma verdadeira capacidade de “promover a justiça social” e o exercício da capacidade contributiva, na medida em que:

“O imposto *causa mortis*, incidindo sobre o incremento do patrimônio de herdeiros e legatários sem qualquer trabalho ou esforço deles, denota excelente índice de capacidade contributiva e extraordinária aptidão para promover a justiça social, pelo que se deve afinar simultaneamente com os subprincípios da *progressividade* e da *personalização*.”

De fato, uma vez que este tipo de transmissão se refere à passagem de determinado patrimônio a outrem sem qualquer prestação equivalente, e junto ao patrimônio, o consequente aumento da capacidade econômica do recebedor¹³, nada mais racional do que utilizar-se desta manifestação de riqueza para arrecadar e promover, ao mesmo tempo, determinados objetivos constitucionais.

Mas a previsão constitucional de existência deste imposto, por si só, não é capaz de promover a desconcentração de riqueza. Faz-se necessário delineá-lo, de

JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024.

¹⁰ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 212.

¹¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV, p. 225.

¹³ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 364.

forma a potencializar sua capacidade extrafiscal, pois ao contrário, pode acabar sendo uma manifesta ferramenta de promoção da desigualdade social, principalmente em face da crescente realização de planejamentos tributários com vistas a reduzir ou mitigar a carga tributária de ITCMD.

Explico. O ITCMD necessita de critérios e normas voltadas à tributação dessa manifestação de riqueza em observância à capacidade contributiva, à promoção da desconcentração de riquezas e justiça fiscal, pois sem critérios e ferramentas como estas, a tributação recairá com o mesmo peso, tanto sobre aquelas transmissões com patrimônios vultuosos quanto aquelas transmissões com valores significativamente menores.

Assim, o delineado normativo do ITCMD precisa se fundar em regras que promovam esta função extrafiscal, seus objetivos e princípios, como por exemplo, normas que disponham a correta avaliação dos bens transmitidos para promoção da desconcentração de riquezas, a determinação de uma faixa de isenção que promova justiça fiscal e a instituição do regime progressivo de alíquotas, atendendo ao princípio da capacidade contributiva.

Um exemplo de ineficiência na realização da função extrafiscal do ITCMD fora a Emenda Constitucional n. 18, de 1965. Referida emenda retirou do campo de incidência do Imposto sobre Transmissões *Causa Mortis* os bens móveis, deixando apenas sob possível tributação aquelas transmissões de bens imóveis¹⁴.

Esta alteração ao imposto trouxe uma verdadeira regressão à função extrafiscal do referido imposto, uma vez que à época já existiam relevantes manifestações de riquezas através dos bens móveis, muitas vezes até maiores que dos bens imóveis¹⁵.

Além disso, detentores de grandes patrimônios manifestados na forma de bens imóveis, se voltavam aos planejamentos tributários de forma a transformá-los em bens móveis – quotas e ações de sociedades – e se eximiam do recolhimento do ITCMD.

A falta de tributação de bens móveis fez com que uma parcela das transmissões de valores relevantes e vultuosos não sofresse tributação, em detrimento de outras transmissões, muitas vezes de valor consideravelmente menor, mas de imóvel, fossem objeto de incidência do imposto.

¹⁴ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 234.

¹⁵ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024.

Neste sentido é que o arquétipo do ITCMD precisa estar muito bem delineado com vistas a ser capaz de efetivamente tributar as transmissões de bens de forma a promover a desconcentração de riqueza, privilegiando a capacidade contributiva e a realização da justiça fiscal, pois apenas sua existência não é, por si só, capaz de atender seu objetivo extrafiscal e os princípios constitucionais.

2.1. Os planejamentos tributários e a função extrafiscal do ITCMD

É certo que após a Emenda Constitucional n. 132/2023, uma notória corrida na execução de planejamentos tributários, com vistas a reduzir a carga tributária do ITCMD vem ocorrendo. A título exemplificativo, o Estado de São Paulo, no mês de janeiro de 2024 – mês subsequente à aprovação da EC n. 132/2023 – registrou um aumento de arrecadação de ITCMD 34,1% maior que o mesmo período em 2023¹⁶.

Em que pese, porém, este aumento em razão da Reforma Tributária, os planejamentos tributários não são medidas recentes. A busca pela realização de planejamentos tributários sempre existiu, mas ganhou força após os anos de 2014 e 2015, quando muitos estados, após a crise financeira que atingiu o país, passou a voltar os olhos para o ITCMD, e alterar – majorar – suas alíquotas e forma de apuração da base de cálculo¹⁷.

Não se objetiva aqui, discorrer sobre a legalidade da realização de planejamentos tributários, uma vez que promovidos e elaborados por meios lícitos, constituem-se formas legais de mitigar ou reduzir a carga tributária de impostos, especialmente de ITCMD¹⁸, como já sinalizou não só grande parte da doutrina brasileira¹⁹ como também o próprio Supremo Tribunal Federal²⁰.

¹⁶ MELLO, Anderson. ITCMD na Reforma Tributária: as mudanças e os impactos nos Estados. *Tax Group Website*. 30 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.taxgroup.com.br/intelligence/itcmd-na-reforma-tributaria-as-mudancas-e-os-impactos-nos-estados/>. Acesso em: 14 mar. 2025.

¹⁷ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *A disparidade de critérios quantitativos do ITCMD na doação de quotas e ações de sociedades e a eleição de domicílio como ferramenta de economia tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023, p. 19-20.

¹⁸ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *A disparidade de critérios quantitativos do ITCMD na doação de quotas e ações de sociedades e a eleição de domicílio como ferramenta de economia tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023, p. 56-74.

¹⁹ Neste sentido: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do planejamento tributário. *Revista Direito Tributário Atual* v. 47. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2021, p. 614-638. ISSN: 1415-8124; LEÃO, Martha. A (falta de) norma geral antiabuso no direito tributário brasileiro: entre o dever fundamental de pagar tributos e o direito de economizá-los. *Revista Direito Tributário Atual* v. 40. São Paulo: IBDT, 2018, p. 550-571. ISSN: 1415-8124; MEDEIROS, Frederico Batista dos Santos. Normas antielisivas no ordenamento jurídico tributário nacional e internacional: mecanismos internos e externos como garantias de um planejamento tributário elisivo. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo* v. 33. São Paulo: RT, abr.-jun. 2022, p. 207-235. ISSN: 2525-4626.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446*, julgado em 11 de abril de 2022. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Presiden-

O que se planeja discorrer neste ponto é sobre como os planejamentos tributários, mesmo realizados por meios lícitos, mitigam a eficácia da função extrafiscal de promoção à desconcentração de riquezas e à realização da justiça fiscal, além de impedir a correta observância à capacidade contributiva do ITCMD.

Planejamentos tributários são medidas tomadas por detentores de patrimônio, com vistas a transferir seus bens aos seus sucessores por diversos motivos e com diversos objetivos, dentre eles o de reduzir os custos incidentes nesta转移ência, e em especial o ITCMD²¹.

A realização de planejamento tributário não é indicada a todos os detentores de patrimônio, mas sim para aqueles que possuem patrimônio relevante o suficiente a justificar o dispêndio antecipado de valores e ainda sim obter uma economia tributária em sua realização.

Os que socorrem à realização destes planejamentos, por sua vez, acabam efetivando meios de reduzir, ou até mesmo mitigar a carga tributária de ITCMD, realizando suas transferências de patrimônio sem o recolhimento efetivo do imposto que seria devido, caso o planejamento não tivesse sido realizado.

Aqueles, por sua vez, que não possuem patrimônio relevante o suficiente a justificar a execução de um planejamento tributário, acabam suportando de maneira integral a incidência do ITCMD quando da transmissão de seus bens, quer seja via doação ou *causa mortis*.

Esta discrepância proporcionada pela realização de planejamentos tributários vai em desencontro à desconcentração de riquezas que se busca promover com a incidência do ITCMD nas transmissões não onerosas, além de mitigar a promoção da justiça fiscal, expressamente incluída pela EC n. 132/2023 como um pilar do Sistema Tributário Nacional, e ainda, em inobservância ao princípio da capacidade contributiva.

Mas se os planejamentos tributários, quando realizados dentro dos limites legais, são meios lícitos de redução da carga tributária de ITCMD, como então reestabelecer a eficaz aplicação da capacidade contributiva, da justiça fiscal e do equilíbrio e promoção das funções extrafiscais deste imposto?

A resposta não é simples, mas já fora sinalizada acima. O ITCMD precisará ser delineado de forma a inibir a utilização destes planejamentos tributários, reduzindo o campo de possibilidades para a sua realização através de normas que proporcionem a efetiva tributação das transmissões, e garantindo, portanto, a eficácia dos objetivos e princípios constitucionais.

te da República. Relator: Min. Cármén Lúcia. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur463131/false>. Acesso em: 30 jun. 2025.

²¹ “Esse método tem sido muito utilizado no Estado de São Paulo e no Brasil sob o nome de ‘planejamento familiar’, geralmente utilizado por famílias de elevado poder aquisitivo e que conseguem, por brechas na legislação, deixar de pagar valores elevados de ITCMD.” (FRANCO, André Luiz Secco. A erosão da base tributária do ITCMD em São Paulo. *Estudos fiscais sobre ITCMD*. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 117)

A redução de planejamentos tributários impacta direta e positivamente na eficácia da promoção à desconcentração de riquezas objetivada pelo ITCMD, permite uma maior eficiência da justiça fiscal e à observância ao princípio da capacidade contributiva.

É prerrogativa do contribuinte realizar planejamentos tributários, mas de igual forma, é papel do Estado promover a tributação e instituir normas eficientes e eficazes de restringir o campo de possibilidade destes planejamentos para a correta incidência do ITCMD, cuja função social e econômica é manifesta, como já assinalado anteriormente.

Não se trata aqui, no entanto, de instituir normas antielisivas ou considerar abusiva a realização de planejamentos tributários, não. O Estado pode limitar o campo de alternativas para realização do planejamento tributário, restringindo suas possibilidades e suas alternativas através da própria legislação de ITCMD, na medida em que passe a prever o alcance da tributação às lacunas utilizadas para a realização de planejamentos tributários.

A título exemplificativo, se o Estado tem consciência de que o contribuinte se utiliza da eleição de domicílio para a realização de planejamento tributário com vistas a redução da carga de ITCMD, a legislação poderá reduzir ou limitar essa possibilidade de eleição, dificultando, por conseguinte, a realização de planejamentos construídos sob esta alternativa.

No presente artigo, o que se busca verificar é se as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 132/2023 e as normas propostas pelo projeto de Lei Geral de ITCMD (PLP n. 108/2023) possuem previsão de normas que reduzem o campo de opções para realização de planejamentos tributários e, consequentemente, potencializam a promoção das funções extrafiscais do referido imposto, quanto para a observância ao princípio da capacidade contributiva e justiça fiscal.

Passa-se primeiramente a verificar as normas já introduzidas no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n. 132/2023 para, posteriormente, analisar as normas propostas pelo Projeto de Lei n. 108, de 2024, referentes à Lei Geral Complementar de ITCMD.

3. A Emenda Constitucional n. 132/2023 e suas modificações ao ITCMD

Apesar de ser intitulada como Reforma Tributária do Consumo, a recente Reforma Tributária introduzida no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n. 132, de 2023, acabou instituindo relevantes modificações no Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD, que é precipuamente considerado como um imposto de caráter patrimonial²².

²² VALENTIM, Jefferson. Valor de mercado, doação mista e simulação no ITCMD. *Estudos fiscais sobre ITCMD*. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 174.

No livro “Reforma Tributária: cenário comparativo das alterações e impactos para os contribuintes”²³ é dedicado um capítulo a tratar das modificações trazidas pela EC n. 132/2023 ao ITCMD, mas aqui serão abordadas somente aquelas modificações que diretamente afetam a função extrafiscal do ITCMD, a consumação da capacidade contributiva, a promoção da justiça fiscal através da introdução de normas que restrinjam o campo de possibilidades para utilização dos planejamentos tributários.

3.1. A alteração da sujeição ativa e o desestímulo ao planejamento tributário

Em primeiro lugar, imperioso destacar a alteração à sujeição ativa de ITCMD, quando a hipótese de incidência se tratar da transmissão *causa mortis* de bens móveis. Antes da EC n. 132/2023, o Estado competente para tributar a transmissão *causa mortis* de bens móveis era o estado onde se processava o inventário ou arrolamento. Após a Emenda, o Estado competente passou a ser o de domicílio do *de cuius*²⁴.

Referida alteração restringiu diretamente uma das possibilidades de utilização de planejamentos tributários com vistas a reduzir o ITCMD, uma vez que a escolha pelo local onde o inventário ou arrolamento seria processado alterava drasticamente a carga tributária do imposto, em razão da disparidade de critérios quantitativos de ITCMD que existe entre os Estados.

Explico. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou em 2007 a Resolução n. 35²⁵, a qual permite que os sucessores escolham livremente a comarca em que o inventário extrajudicial possa ser processado.

Referida Resolução, somada à possibilidade de realização de inventários extrajudiciais pelo Código de Processo Civil quando todos forem maiores, capazes e concordes²⁶, resultava na possibilidade de os sucessores elegerem qualquer comarca para a realização de inventários extrajudiciais.

Ocorre que a eleição da comarca onde se processava o inventário extrajudicial ou arrolamento impactava diretamente na carga tributária de ITCMD quando os bens transmitidos se tratava de bens móveis, uma vez que a definição da Sujeição Ativa de ITCMD na transmissão *causa mortis* de bens móveis é feita pelo local onde o inventário ou arrolamento é processado, e as normas de ITCMD não são uniformes entre os Estados, inclusive no que tange ao critério quantitativo deste imposto.

²³ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. In: NUNES, Marcos (coord.). *Reforma Tributária: cenário comparativo das alterações e impactos para os contribuintes*. Goiânia: Kelps, 2024.

²⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 155, I.

²⁵ BRASIL. *Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf. Acesso em: 14 mar. 2025.

²⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil de 16 de março de 2015*. Art. 610.

Cada Estado e o Distrito Federal tem a legitimidade de eleger, dentro do limite máximo de 8% estipulado pelo Senado Federal²⁷, a alíquota que melhor lhe atender. A título exemplificativo, a alíquota máxima de ITCMD no Estado de Goiás é de 8% para patrimônios acima de R\$ 600.000,00²⁸, enquanto no Amazonas, a alíquota de ITCMD é de 4% para patrimônios acima de R\$ 6.000.000,00²⁹.

Somado às alíquotas, imperioso dizer que a forma de apuração da base de cálculo nas transmissões de bens móveis também varia a cada Estado, e possui um impacto significativo na apuração do valor do bem transmitido, principalmente se este bem se tratar de quotas e ações de sociedade.

Novamente a título exemplificativo, tem-se que a base de cálculo para as transmissões de quotas e ações de sociedades no Estado de Goiás é apurada com base no Patrimônio Líquido Ajustado acrescido de um Aviamento³⁰, enquanto no Estado do Amazonas, a base de cálculo para este mesmo tipo de transferência é, no mínimo, o Patrimônio Líquido Ajustado³¹ – nada se falando sobre Aviamento.

Por tais motivos, quando a transmissão *causa mortis* se constituía de bens móveis com valores relevantes, passava-se a planejar qual seria o melhor Estado para a abertura do inventário extrajudicial, com vistas a, efetivamente, reduzir a carga tributária de ITCMD³².

Após a Emenda Constitucional n. 132, de 2023, esta forma de planejamento tributário passou a não mais produzir os efeitos econômicos desejados, uma vez que após a reforma, a Sujeição Ativa de ITCMD na transmissão *causa mortis* de bens móveis independe do local onde se processa o inventário ou arrolamento, sendo relevante, para fins de incidência do imposto, somente o domicílio do *de cuius*.

Nítida é, portanto, a alteração da norma tributária de ITCMD com vistas a coibir esta forma de planejamento tributário, de forma a garantir o correto paga-

²⁷ BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992*. Art. 1º. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Estabelece%20al%C3%ADquota%20m%C3%A1xima%20para%20o,155%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 14 mar. 2025.

²⁸ ESTADO DE GOIÁS. Art. 78, IV, da Lei n. 11.651/1991. *Código Tributário Estadual de Goiás*. Disponível em: <https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Cte/CTE.htm>. Acesso em: 14 mar. 2025.

²⁹ ESTADO DO AMAZONAS. Art. 119-A da Lei Complementar n. 19, de 1997. *Código Tributário Estadual do Amazonas*. Disponível em: <https://sistemas.sefaz.am.gov.br/get/Normas.do?metodo=viewDoc&uuuidDoc=ac5497ab-4fb0-4bc8-a51b-32405f61dc30>. Acesso em: 14 mar. 2025.

³⁰ ESTADO DE GOIÁS. Art. 77-B, II, da Lei n. 11.651/1991. *Código Tributário Estadual de Goiás*.

³¹ ESTADO DO AMAZONAS. Art. 212-B, II, da Lei Complementar n. 19, de 1997. *Código Tributário Estadual do Amazonas*.

³² GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Héleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 231.

mento do imposto, de maneira isonômica àqueles que também se sujeitam ao seu recolhimento nas mesmas condições, certo de que a redução das possibilidades de planejamento está diretamente relacionada ao alcance dos objetivos delineados no primeiro tópico deste artigo.

Uma ressalva, no entanto, merecer ser feita. A utilização do domicílio como critério definidor da sujeição ativa das transmissões de bens móveis não implica em afirmar que o instituto do domicílio não possa ser utilizado como ferramenta de planejamento tributário. A discussão sobre esta possibilidade será, por seu turno, discutida no item 4 do presente artigo.

3.2. A observância obrigatória ao regime progressivo de alíquotas

Outra alteração trazida pela EC n. 132/2023 é a obrigatoriedade dos Estados e do Distrito Federal, de instituírem o regime progressivo de alíquotas ao ITCMD. Assim, passou a prever no art. 155, § 1º, o inciso VI³³, o qual dispõe que:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;
§ 1º O imposto previsto no inciso I:
VI – será progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação;”

Pois bem. O regime progressivo de alíquotas ao Imposto de transmissão *causa mortis* não é ideia recente. A Constituição Federal de 1934 previa, em seu art. 128, a progressividade de alíquotas no imposto incidente sobre transmissões por herança ou legado³⁴, mas esta previsão perdurou somente até a Reforma Tributária de 1965³⁵, e não fora repetida nas Constituições subsequentes, até o advento da EC n. 132/2023.

Mesmo sem a previsão do regime progressivo de alíquotas na Constituição Federal de 1988, alguns Estados, ao instituírem o ITCMD optavam por aplicar referida progressividade, até que o caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, para verificar a sua constitucionalidade.

Assim, através do julgamento do RE n. 562.045 do Rio Grande do Sul em 2013³⁶ o Supremo Tribunal Federal validou a utilização do regime progressivo de alíquotas ao ITCMD. Esta decisão foi recebida e utilizada por alguns estados, como o próprio Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Goiás, mas muitos ainda

³³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.

³⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1934*.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV, p. 220.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 562.045* do Rio Grande do Sul. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Espólio de Emília Lopes de Leon. Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 06.02.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249896/false>. Acesso em: 18 jul. 2024.

permaneceram com alíquotas fixas, como Alagoas, São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo.

A existência de regime progressivo de alíquotas em apenas alguns estados, em detrimento de outros que possuíam alíquotas fixas passou a atrair o contribuinte, para buscar planejamentos tributários com vistas a recolher o ITCMD nos estados com alíquotas fixas, uma vez que a transmissão de vultuosos patrimônios estaria sujeita à mesma alíquota fixa daquelas transmissões de bens de pequeno valor.

Assim, diversos planejamentos tributários passaram a ser realizados para que a transmissão de patrimônio estivesse sujeita à tributação de ITCMD nos estados onde as alíquotas fixas eram mais benéficas que às progressivas.

Vale citar inclusive que, com a obrigatoriedade da instituição do regime progressivo de alíquotas do ITCMD trazida pela EC n. 132/2023, os Estados que ainda não possuem faixas de progressividade de alíquotas precisarão modificar suas legislações, de forma a atender o novo preceito constitucional.

Esta instituição do regime progressivo de alíquotas, apesar de não ser sinônimo de aumento do percentual, muitas vezes vem acompanhada de uma majoração, fazendo com que muitos planejamentos tributários fossem feitos com vistas a realizar as transferências de patrimônio antes da sua instituição pelos Estados.

Tal assertiva pode ser verificada com o manifesto crescimento de planejamentos tributários voltados às transferências de bens antes da instituição do regime progressivo de alíquotas, em locais onde as alíquotas fixas ainda são utilizadas, como explica Marciano Seabra de Godoi³⁷:

“Desde meados de 2023, quando a norma que determinou a progressividade obrigatória de ITCMD foi aprovada na Câmara dos Deputados, aumenta o número de doações como antecipação da sucessão *mortis causa* nos cartórios do país, situação que deve continuar no período em que as novas alíquotas progressivas (em estados como São Paulo) ainda não houverem substituído as alíquotas fixas atuais.”

Neste sentido, não basta que a Constituição Federal possua previsão do regime progressivo de alíquotas. Faz-se necessário que os Estados alterem suas legislações, com vistas a efetivamente aplicar a progressividade de alíquotas ao ITCMD, desencorajando os contribuintes à realização de planejamentos tributários sob este fundamento.

³⁷ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 231.

Cabe ressaltar também que o regime progressivo de alíquotas ao ITCMD está intrinsecamente ligado à capacidade contributiva, à justiça fiscal e à desconcentração de riquezas, na medida em que as transmissões de bens com valores maiores se sujeitam às maiores alíquotas, enquanto as transmissões de valores menores se sujeitam às menores alíquotas.

Assim, maiores riquezas passam a contribuir mais para o Estado concretizar suas funções e objetivos, enquanto riquezas menores passam a contribuir menos, promovendo, por conseguinte, além da capacidade contributiva, uma manifesta redistribuição de riquezas na sociedade.

Fábio Lemos Cury³⁸ disserta sobre o assunto:

“A nós parece, entretanto, que a progressividade se justifica, sim, tanto como mecanismo de atendimento e concreção ao princípio da capacidade contributiva – corolário da noção de igualdade, conforme nos referimos anteriormente – como simultaneamente, instrumento de concreção a um Estado Social Distributivo, notadamente para a correção da regressividade do próprio sistema tributário.”

Ainda, nota-se que a regra do regime progressivo de alíquotas ao ITCMD incluído pela EC n. 132/2023 privilegia a capacidade contributiva em duas frentes. A primeira com relação às faixas de progressividade já citadas, e a segunda em razão do dever de ser a progressividade instituída “em razão do quinhão, legado ou doação”.

Marciano Seabra de Godoi³⁹ discorre sobre:

“Trata-se de uma decisão acertada, que prestigia a capacidade econômica, a qual, no caso do imposto sobre heranças, se refere ao herdeiro/legatário e não ao *de cuius*. A capacidade econômica demonstrada por um dos dez herdeiros de uma herança total de 1 milhão de reais não é a mesma capacidade econômica demonstrada pelo herdeiro único de herança do mesmo valor.”

Vê-se que a capacidade contributiva a ser mensurada na transmissão de bens, tanto *causa mortis* quanto doação, é do recebedor do patrimônio, justamente porque não serão estes os contribuintes do referido imposto, e não do *de cuius* ou do doador.

De fato, seria uma afronta ao princípio da capacidade contributiva determinar que o donatário, herdeiro ou legatário suportassem o pagamento de um tri-

³⁸ CURY, Fabio Lemos. *ITCMD: regime geral e o papel da lei complementar*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2022, p. 249-250.

³⁹ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 231.

buto com base no valor total transmitido, e não sobre o valor que efetivamente recebe.

Neste sentido, tem-se que a instituição do regime progressivo de alíquotas, instituído com base na parte de cada recebedor é, de fato, um instrumento de promoção da capacidade contributiva, e consequentemente, de justiça social, além de promover a desconcentração de riquezas, na medida em que recolhe maior tributo daqueles que possuem maior patrimônio, e menor tributo daqueles que possuem menor patrimônio.

3.3. A previsão normativa de tributação sobre transmissões de bens e pessoas com vínculo ao exterior

A Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 155, inciso III⁴⁰, a necessidade de Lei Complementar para regulamentar as transmissões que possuem vínculo com bens ou pessoas no exterior, como se vê:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
[...]
III – terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:
a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
b) se o *de cuius* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;”

Ocorre que, até a EC n. 132/2023, esta regulamentação não havia sido realizada. Alguns estados, mesmo sem a regulamentação prevista na Constituição Federal de 1988, instituíram e cobraram o ITCMD sobre estas transações, mas o caso fora levado ao Supremo Tribunal Federal, o qual considerou inconstitucionais estas cobranças⁴¹.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n. 67, o Supremo Tribunal Federal determinou o prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional elaborasse referida lei complementar, mas este prazo fora manifestamente descumprido⁴².

⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

⁴¹ Tema n. 825 da Repercussão Geral: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. Ressalta-se a modulação de efeitos realizada no julgamento, a qual atribuiu aos efeitos da decisão eficácia *ex nunc*, a contar da publicação do acórdão, com uma ressalva às ações pendentes de conclusão em que se discutam: “(1) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 851.108/SP. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 01.03.2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444598/false>. Acesso em: 15 mar. 2025)

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* n. 67. Reque-

A ausência de regulamentação fez com que surgisse um campo vasto de oportunidades para a realização de planejamentos tributários para pessoas com grande patrimônio, com vistas e realizar a transferência de seus bens sem a incidência do ITCMD.

A ausência desta regulamentação se constituía uma das maiores promoções à concentração de riqueza, inobservância à capacidade contributiva e promoção da verdadeira injustiça fiscal, na medida em que possibilitava aos detentores de patrimônios vultuosos a realização de suas transmissões de bens no exterior, evitando-se do pagamento de ITCMD que seria devido, se a mesma transmissão fosse realizada no Brasil.

Trusts, offshores, joint tenancy e diversos outros instrumentos estrangeiros passaram a ser ferramentas de planejamentos tributários com vistas a transmitir o patrimônio de famílias ricas aos seus sucessores sem o recolhimento do ITCMD, uma vez que, até a EC n. 132/2023, não havia regulamentação que possibilitasse os Estados e o Distrito Federal realizar a cobrança do imposto sobre estas transferências.

Fabio Lemos Cury⁴³ discorre sobre a utilização destes tipos de institutos para a realização de planejamentos tributários:

“Os institutos do *trust* e *joint tenancy* são figuras típicas das jurisdições que adotam o sistema do *common law*, e são comumente utilizados como legítima maneira de estruturação de planejamentos patrimoniais e sucessórios (*vide* item 5.3.3), em especial por indivíduos e famílias de alto poder econômico, que, em um mundo cada vez mais globalizado, possuem grande mobilidade em relação à disposição e estruturação de seu patrimônio, podendo contar com estruturas internacionais.”

A introdução da norma ao art. 16 da EC n. 132, mesmo que tardia, pode ser entendida como uma verdadeira correção do sistema, na medida em que reduz o campo de possibilidades da realização de planejamentos tributários com vistas a reduzir o ITCMD, atingindo especialmente aquelas transmissões de riquezas significativas o suficiente para buscar este tipo de planejamento tributário.

Neste sentido exprime Marciano Seabra Godoi⁴⁴: “[...] sendo que esta norma do art. 16 da Emenda 132 é talvez a que gere maiores efeitos concretos, visto que

rente: Procurador-Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. Data do julgamento: 6 de junho de 2022. Publicada no Diário de Justiça em 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075478&ext=.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴³ CURY, Fabio Lemos. *ITCMD: regime geral e o papel da lei complementar*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2022, p. 249-250.

⁴⁴ GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA

pretende, finalmente, passar a tributar as heranças das famílias mais ricas, que como visto anteriormente, até então somente pagavam ITCMD se quisessem.”

Mas assim como o regime progressivo de alíquotas, a incidência de ITCMD sobre transmissões com vínculo ao exterior precisam ser devidamente instituídas na legislação de cada Estado, para que a aplicação destas normas possam, de fato, ocorrer.

Assim, cabe a cada Estado, no uso de suas atribuições, instituir esta forma de incidência de ITCMD, de forma a efetivar a consecução dos objetivos aqui explícitos, de restringir o campo de opções dos planejamentos tributários e, consequentemente, promover a desconcentração de riquezas, privilegiar a capacidade contributiva e a justiça fiscal.

4. O PLP n. 108/2024 e a busca pela desconcentração de riqueza, justiça fiscal e observância à capacidade contributiva no ITCMD

Mesmo após 36 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Legislativo não logrou êxito editar uma Lei Geral Complementar de ITCMD, que pudesse estabelecer critérios gerais uniformes entre os Estados e o Distrito Federal. Soma-se a este agravante a manifesta inexistência de norma específica de ITCMD no Código Tributário Nacional de 1966, uma vez que, à época, as hipóteses de incidência do ITCMD estavam constituídas em outros tributos.

Em 2021 o Deputado Ricardo Barros propôs o Projeto de Lei n. 67, que tratava exatamente da uma proposta à Lei Geral Complementar de ITCMD⁴⁵. Este projeto, no entanto, sequer fora apreciado pelo plenário.

A Reforma Tributária trazida pela EC n. 132/2023 vem sendo regulamentada através de normas infraconstitucionais, como o recente PLP n. 68, de 2024, atualmente promulgada como Lei Complementar n. 214, de 2025. Outro projeto de regulamentação da Emenda n. 132 é o Projeto de Lei n. 108/2024, o qual discorre precipuamente sobre a elaboração e manutenção do Comitê Gestor dos novos tributos IBS e CBS e seu respectivo processo administrativo.

Ocorre, porém, que junto à regulamentação da Reforma do Consumo, o PLP n. 108/2024 em sua parte final traz uma proposta de Lei Geral Complementar de ITCMD, na tentativa de ser finalmente aprovado junto às necessárias nor-

JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira. *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 235.

⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 67, de 2021*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280239#:~:text=PLP%2067%2F2021%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei%20Complementar&text=Imposto%20sobre%20Transmiss%C3%A3o%20Causa%20Mortis,fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%2C%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20final%2C%20tributa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 mar. 2025.

mativas do IBS e da CBS⁴⁶. O PLP n. 108 já fora aprovado na Câmara dos Deputados, e está em fase de análise pelo Senado Federal.

Esta proposta de Lei Complementar de ITCMD prevê normas gerais sobre o referido imposto, na tentativa de uniformizar seus critérios e normas entre os Estados e o Distrito Federal. Algumas destas normas, no entanto, merecem ser aqui analisadas, na tentativa de verificar se estão de acordo com a função extrafiscal do ITCMD, e observam o princípio da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

A análise de algumas destas normas é o que se propõe fazer abaixo, sem pretensão de esgotar a verificação de todas as previstas no referido projeto, mas tão somente aquelas normas que diretamente impactam na promoção dos objetivos delineados no item 1 deste artigo em razão da realização de planejamentos tributários com vistas a reduzir ou mitigar o recolhimento do ITCMD.

Para tanto, serão analisadas duas normas julgadas como primordiais para a realização de grande parte dos planejamentos tributários da atualidade, quais sejam: A norma que dispõe sobre o domicílio do doador ou do *de cuius*, critério utilizado para a definição da sujeição ativa de bens móveis, e a norma que trata sobre a base de cálculo do ITCMD na transmissão de quotas e ações de sociedades.

A análise se dará com base na versão do PLP n. 108/2024 enviada ao Senado Federal, datada do dia 8 de novembro de 2024⁴⁷.

4.1. A base de cálculo do ITCMD para transmissão de participações societárias

Em muitos estados, senão todos eles, a base de cálculo do ITCMD é sempre o “valor venal” ou o “valor de mercado” do bem transmitido. Ocorre, porém, que a discrepância não se encontra na definição da base de cálculo, mas sim na sua forma de apuração.

Um estudo fora realizado sobre a divergência da forma de apuração da base de cálculo do ITCMD entre os estados, quando a transferência versava sobre quotas e ações de sociedades, especialmente àquelas que não são objeto de negociação no mercado de capitais⁴⁸.

O estudo voltou-se apenas à apuração do valor de participações societárias, uma vez que a maior forma de planejamento tributário e sucessório hoje realiza-

⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 108, de 2024*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166095>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴⁷ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 108, de 2024*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166095>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁴⁸ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *A disparidade de critérios quantitativos do ITCMD na doação de quotas e ações de sociedades e a eleição de domicílio como ferramenta de economia tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023, Capítulo 3, p. 118.

da é a constituição de uma empresa, e a transferência de todos os bens – móveis e imóveis – do detentor do patrimônio para ela, de forma a “transformar” todos os seus ativos em bens móveis – quotas e ações de sociedades⁴⁹, e posteriormente, transferi-las aos seus herdeiros e sucessores.

André Luiz Secco Franco⁵⁰ explica didaticamente a forma como este planejamento é feito:

1. Membros de uma família, geralmente de idade avançada e que possuem muitos imóveis, fazendas etc.;
2. Constituem uma sociedade em que figuram como sócios os proprietários dos imóveis, titulares praticamente da totalidade das ações da sociedade, e os herdeiros dos referidos proprietários, inserindo valores simbólicos de participação, como, por exemplo, 0,01% do capital social;
3. Os proprietários dos imóveis realizam o seu capital social na sociedade através dos imóveis, que passam a pertencer à sociedade;
4. Os proprietários doam as suas quotas sociais aos demais sócios, seus herdeiros, tomando como base de cálculo os valores das quotas sociais e não o valor dos imóveis.

Neste sentido, e tendo como premissa a utilização cada vez maior de empresas patrimoniais com vistas a realizar a transferência de bens aos sucessores, e consequentemente, reduzir a carga tributária do ITCMD, é que se mostra necessária a análise da base de cálculo do referido imposto, quando as transmissões se constituírem de quotas e ações de sociedades, as quais, por sua vez, são utilizadas para reduzir a carga tributária do ITCMD, como será visto adiante.

No estudo acima citado, foram analisadas cinco diferentes legislações de ITCMD, de cinco diferentes estados: Goiás, São Paulo, Pará, Paraná e Bahia, e fora possível constatar uma manifesta discrepância entre as bases de cálculo destes estados. A título exemplificativo, constatou-se que:

“O estado de São Paulo, por exemplo, define que a base de cálculo será o valor patrimonial da empresa, assim entendido pelo Tribunal de Justiça do respectivo estado, como o patrimônio líquido apurado pelo contribuinte utilizando-se da técnica contábil que lhe convier.

O estado do Paraná, por sua vez, definiu que a base de cálculo é o valor patrimonial da sociedade, mas que esse valor não poderá ser menor que a soma do valor atualizado dos bens imóveis e seus respectivos direitos utilizados

⁴⁹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes; LEITÃO, Carolina Fagundes. *A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise jus-econômica*. *Revista Jurídica Luso-brasileira* ano 2, n. 4, maio 2016, p. 369-393, p. 380. ISSN: 2183-539X. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0369_0393.pdf. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁵⁰ FRANCO, André Luiz Secco. A erosão da base de cálculo do ITCMD em São Paulo. In: VALENTIN, Jefferson (coord.). *Estudos fiscais sobre o ITCMD*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 117.

para integralizar o capital social da sociedade, quando essa integralização tiver ocorrido em prazo inferior a 5 (cinco) anos.

Já o estado de Goiás elegeu como base de cálculo o denominado ‘Patrimônio Líquido Ajustado acrescido do Aviamento’, ou seja, o resultado da avaliação a valor de mercado dos ativos, menos o passivo atualizado, acrescido de uma projeção de lucros da sociedade, apurada de acordo com a fórmula denominada Aviamento.”⁵¹

Os desdobramentos da divergência de base de cálculo podem ser verificados sob dois aspectos: a ineficiência da base de cálculo de determinados estados em apurar o real valor do bem transmitido e a disparidade da forma de apuração destes bens que incentivam a busca por planejamentos tributários com vistas a reduzir a carga tributária de ITCMD.

Falemos primeiramente sobre a ineficiência de determinadas bases de cálculo para a apuração do real valor de mercado das quotas e ações, objeto da transferência sujeita à incidência do ITCMD, e seus reflexos à consecução dos objetivos extrafiscais do referido imposto e à justiça fiscal.

Jefferson Valentim⁵² dedica um livro inteiro a tratar das diversas formas de apuração possíveis para definir a base de cálculo das participações societárias, e a forma ineficiente que muitas delas são, de apurar o real valor do bem transmitido.

Segundo o Autor, algumas formas de apuração do valor de quotas e ações de sociedades, como a utilizada pelo Estado de São Paulo, não são capazes de exprimir o real valor do patrimônio transmitido, uma vez que a técnica utilizada pode camuflar o valor real do patrimônio que constitui a sociedade, e consequentemente, camuflar o real valor da participação societária⁵³.

No estado de São Paulo, a base de cálculo do ITCMD para quotas e ações de sociedades é o valor patrimonial⁵⁴, assim pacificamente definido pelo Tribunal

⁵¹ FRANCO, André Luiz Secco. A erosão da base de cálculo do ITCMD em São Paulo. In: VALENTIN, Jefferson (coord.). *Estudos fiscais sobre o ITCMD*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 149.

⁵² VALENTIN, Jefferson. Holding. *Estudo sobre a evasão fiscal do ITCMD no planejamento sucessório*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2021.

⁵³ VALENTIN, Jefferson. Holding. *Estudo sobre a evasão fiscal do ITCMD no planejamento sucessório*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2021.

⁵⁴ “Art. 17. No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto no artigo anterior, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo (Lei 10.705/00, art. 14, na redação da Lei 10.992/01). § 3º Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 (cento e oitenta) dias, admitir-se-á o respectivo valor patrimonial.” (ESTADO DE SÃO PAULO. Decreto n. 46.655/02 do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46655-01.04.2002.html>. Acesso em: 15 mar. 2025)

de Justiça como o valor do patrimônio líquido, apurado de acordo com as normas contábeis aplicáveis⁵⁵.

Ocorre, porém, que algumas normas contábeis, como por exemplo a impossibilidade de, em regra, atualizar o valor dos bens imóveis no acervo patrimonial da sociedade, faz com que estes muitas vezes estejam com o valor depreciado, não representando seu valor real de mercado. Assim, ao apurar o patrimônio líquido da sociedade, este não refletirá o real valor dos bens ali contidos e, consequentemente, não apresentará o real valor da sociedade.

Esta ineficiência, por seu turno, acaba propiciando ao contribuinte, a realização de planejamentos tributários com vistas a erodir a base de cálculo do ITCMD na transmissão de quotas e ações de sociedades, gerando consequentemente, uma redução drástica do imposto que seria devido, caso este planejamento não tivesse sido realizado.

Consequentemente, esta forma de planejamento tributário acaba propiciando uma verdadeira injustiça fiscal, na medida em que possibilita aos detentores de patrimônios vultuosos a possibilidade de utilizar-se de uma base de cálculo ineficiente para apurar o real valor do bem transmitido e reduzir a carga tributária do imposto, em detrimento daquele que não tem acesso a este tipo de planejamento, e acaba recolhendo o ITCMD integral devido.

Neste sentido também discorre André Luiz Secco Franco⁵⁶:

“Partimos da constatação de que a legislação do ITCMD no Brasil e especificamente em São Paulo tem lacunas, omissões, intencionais ou não, que permitem que os mais ricos paguem menos imposto ‘atacando’ judicialmente as normas que determinam a definição da base de cálculo do tributo. Trais brechas têm sido intensamente aproveitadas pelos contribuintes com grande patrimônio, tornando o imposto mais injusto, já que os contribuintes com menor poder aquisitivo, menor informação e acesso à justiça acabam pagando proporcionalmente mais imposto.”

Além disso, a ineficiência da base de cálculo do ITCMD na transmissão de quotas e ações de sociedades acaba dificultando a sua função extrafiscal de promover a desconcentração de riqueza, uma vez que os mais ricos realizam planejamentos tributários de forma a erodir a base de cálculo do referido imposto e,

⁵⁵ A título exemplificativo: TJ-SP. *Apelação Cível n. 1018552-78.2018.8.26.0482*. Apelante: Adriana Lebedenko. Apelado: Estado de São Paulo. Relatora Des. Maria Laura Tavares; 5ª Câmara de Direito Público do Foro de Presidente Prudente. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21.06.2021; Publicado em 23.06.2021. chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14746680&cdForo=0. Acesso em: 14 mar. 2025.

⁵⁶ FRANCO, André Luiz Secco. A erosão da base de cálculo do ITCMD em São Paulo. In: VALENTIN, Jefferson (coord.). *Estudos fiscais sobre o ITCMD*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2024, p. 112.

consequentemente, obter uma carga tributária menor do que a realmente devida em razão do tamanho do patrimônio efetivamente transmitido.

Para além da ineficiência de determinadas bases de cálculo do ITCMD no que tange às transmissões de quota e ações de sociedades, nos deparamos também com uma verdadeira disparidade de formas de apuração do referido imposto entre os Estados e o Distrito Federal, abrindo campo vasto para a realização de planejamentos sucessórios voltados a realizar transmissões de patrimônio no Estado em que o critério quantitativo do ITCMD é mais benéfico.

Isto porque, em razão da ausência de Lei Geral Complementar, cada estado define e apura sua base de cálculo com base na técnica que melhor lhe aprouver. A depender da técnica, no entanto, a carga tributária de ITCMD passa ter um impacto extremamente significativo.

É possível citar, por exemplo, a disparidade existente entre a base de cálculo do Estado de São Paulo, já explicitada acima como o patrimônio líquido da sociedade, apurado de acordo com as normas contábeis, e a base de cálculo do Estado de Goiás, em que a apuração do valor da participação societária se dá através do Patrimônio Líquido Ajustado, acrescido do avíamento⁵⁷.

O Estado de Goiás dedica uma Instrução Normativa⁵⁸ inteira apenas para auxiliar o contribuinte a realizar a apuração da base de cálculo do ITCMD na transmissão de quotas e ações, que basicamente eleva a valor de mercado o ativo e o passivo, e acrescenta ao cálculo uma projeção de lucro futura da sociedade, para obter o valor final da base de cálculo.

Estas diferenças na forma de apuração do mesmo imposto, somada à disparidade de alíquotas, faz com que os contribuintes realizem planejamentos sucessórios com vistas a aproveitar a melhor legislação de ITCMD no momento da transmissão de bens e recolhimento do imposto⁵⁹.

O impacto desse tipo de planejamento é claro: há uma manifesta evasão fiscal dos estados em que o critério quantitativo de ITCMD é mais agressivo em detrimento de uma maior arrecadação de ITCMD nos estados em que o critério quantitativo do referido imposto é mais benéfico.

Assim, como uma tentativa de evitar, tanto a ineficiência da forma de apuração do valor das participações societárias enquanto objeto de transmissão tribu-

⁵⁷ ESTADO DE GOIÁS. Art. 77-B da Lei n. 11.651/1991. *Institui o Código Tributário do Estado de Goiás*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁵⁸ ESTADO DE GOIÁS. Secretaria de Estado da Economia de Goiás. *Instrução Normativa n. 1564/2023-GSE*, de 25 de junho de 2023, publicado no DOE em 27 de junho de 2023. Disponível em: https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Secretario/IN/IN_1564_2023.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁵⁹ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. Evasão fiscal do ITCMD na doação de participações societárias: uma análise à luz da ausência de lei geral complementar. *1ª Revista Científica da Comissão de Direito Tributário e Subcomissão de Estudos Tributários da OAB Goiás*. 2024, p. 12.

tável pelo ITCMD, somada à necessidade de reduzir a evasão fiscal do referido imposto em Estados com o critério quantitativo mais elaborado, é que a Proposta de Lei Complementar de ITCMD buscou, em seu art. 175, II, trazer uma uniformidade mínima à esta base de cálculo⁶⁰:

“Art. 175. No caso de quotas ou ações de emissão de pessoas jurídicas ou no caso de empresário individual, a base de cálculo do ITCMD será determinada de acordo com as seguintes regras:

[...]

II – nos demais casos, a base de cálculo deverá ser calculada com metodologia tecnicamente idônea e adequada às quotas ou ações, inclusive o método técnico que contemple eventual perspectiva de geração de caixa do empreendimento, e deverá o valor corresponder, no mínimo, ao patrimônio líquido ajustado pela avaliação de ativos e passivos a valor de mercado, acrescido do valor de mercado do fundo de comércio, conforme estabelecido na legislação do ente tributante.”

Neste sentido, mesmo se o método de avaliação previsto no texto for alterado, o objetivo da norma se manterá, o de proporcionar uma eficiente avaliação da base de cálculo das participações societárias, que trará maior uniformidade ao critério quantitativo do referido imposto, reduzindo consideravelmente a evasão fiscal do ITCMD de determinados estados.

Além disso, referido dispositivo trata de uma base de cálculo, mesmo que “mínima”, capaz de efetivamente apurar o valor real das participações societárias e, consequentemente, atribuindo ao ITCMD uma ferramenta potencial de aprimorar a sua função extrafiscal, privilegiar a capacidade contributiva e a justiça fiscal.

4.2. O instituto do domicílio regulamentado pelo PLP n. 108/2024

O domicílio é, como já dito anteriormente, o critério eleito pelo legislador constituinte, para definir a Sujeição Ativa do ITCMD quando a transmissão se tratar de bens móveis. Antes da EC n. 132/2023, o domicílio era critério definidor da sujeição ativa apenas para doação de bens móveis, mas após a Emenda n. 132, a sujeição ativa na transmissão *causa mortis* de bens móveis também passou a utilizar o mesmo critério – do domicílio⁶¹.

Domicílio é um instituto oriundo do direito civil, conceituado e regulamentado especialmente pelo Código Civil, em seus arts. 70 e seguintes⁶², e por se tratar de um conceito utilizado para definir competência tributária horizontal – entre os Estados, não pode ser alterado por legislações tributárias.

⁶⁰ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 108, de 2024*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166095>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁶¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 155, § 1º, II.

⁶² BRASIL. *Código Civil de 2002*. Lei n. 10.406/2002.

Assim expõe Luís Eduardo Schoueri⁶³: “Nesse caso, parece aplicável o artigo 110 do Código Tributário Nacional: sendo o domicílio critério utilizado expressamente pelo constituinte para definir a competência tributária dos Estados, não pode aquele ser modificado pela lei tributária.”

A alteração do instituto do domicílio pela legislação tributária se constituiria manifesta alteração constitucional pela via transversa, além de afrontar manifestamente o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”⁶⁴

Assim é possível verificar o próprio Código Tributário Nacional, o qual dispõe em seu art. 127⁶⁵ que apenas nos casos em que o domicílio não for eleito pelo contribuinte é que as normas elencadas no dispositivo seriam aplicáveis. Noutras palavras, o Código Tributário Nacional, em nenhum momento, alterou o conceito de domicílio, ou deu-lhe nova roupagem, mas apenas elencou situações aplicáveis caso a eleição de domicílio não ocorresse pelo contribuinte.

Expostas tais premissas, verifica-se que o conceito de domicílio utilizado pela Constituição Federal não pode ser alterado por lei tributária, e deve ser considerado como aquele definido pelo Código Civil, especialmente no art. 70 do referido código, o qual dispõe: “Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”⁶⁶.

Pois bem. Verifica-se que neste sentido acompanhou a proposta de Lei Complementar de ITCMD, em seu art. 184, I, ao discorrer sobre o que é considerado como domicílio, para fins de incidência do ITCMD:

“Art. 184. Para fins de incidência do ITCMD, será considerado domicílio: I – para pessoas físicas, o local da sua habitação permanente ou, na hipótese de inexistência ou de mais de uma habitação permanente, o local onde as suas relações econômicas forem mais relevantes, o qual deverá ser informado no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), observada a legislação do IBS e da CBS;”

O dispositivo supracitado reutiliza o conceito de domicílio trazido pelo Código Civil, dando-lhe nova roupagem linguística, porém mantendo a definição. Uma análise, no entanto, merece ser feita, com relação à pluralidade de domicílios.

⁶³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 265.

⁶⁴ BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Institui o Código Tributário Nacional.

⁶⁵ BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Institui o Código Tributário Nacional.

⁶⁶ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

De acordo com o Código Civil de 2002, a pluralidade de domicílios é plenamente aceitável, e quando a pessoa natural possuir mais de um domicílio, qualquer um deles pode ser utilizado. Este é o teor do art. 71: “se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas”⁶⁷.

Este dispositivo permite que a pessoa natural, quando possuir mais de um domicílio, possa livremente eleger qualquer um deles. Norma esta que atualmente também é aplicável ao ITCMD, como já manifestamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça de alguns estados, como São Paulo⁶⁸ e Rio Grande do Sul⁶⁹.

Noutras palavras, quando o doador, ou o *de cuius* possuir mais de um domicílio, ele pode se valer da regra disposta no Código Civil, para determinar que qualquer um deles pode ser utilizado para fins de incidência do ITCMD, nas transmissões relativas aos bens móveis⁷⁰.

Esta norma relativa à pluralidade de domicílios é amplamente utilizada pelos contribuintes, para a realização de planejamentos tributários/sucessórios, com vistas a realizar a transmissão em um domicílio cuja legislação de ITCMD é mais benéfica ao contribuinte, como já explicitado em linhas pretéritas, ao discorrer sobre a base de cálculo do referido imposto.

O art. 184, inciso I, do PLP n. 108/2024, no entanto, parece intencionalmente restringir a utilização do instituto da pluralidade de domicílios como forma de planejamento tributário com vistas a reduzir a carga tributária de ITCMD na transmissão de bens móveis. Mas isto é possível?

Sim. Como já traçado em linhas pretéritas, o conceito de domicílio não pode ser alterado por legislação tributária – e não foi, uma vez que o art. 184, inciso I, do PLP manteve o conceito, apenas alterando a nomenclatura, mas os efeitos jurídicos das normas que tratem do instituto do domicílio podem ser alteradas pela legislação tributária, desde que esta o faça expressamente⁷¹.

⁶⁷ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Art. 71.

⁶⁸ TJ-SP. *Apelação Cível n. 1020030-50.2018.8.26.0053*. Apelante: Estado de São Paulo. Apelado: Joel Malucelli. Relator: Des. Magalhães Coelho. 7ª Câmara de Direito Público. Decisão Publicada no DJE em 1º de outubro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor-dao=12935430&cdForo=0>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁶⁹ TJ-RS. *Apelação Cível n. 5032534-49.2020.8.21.0001*. Autor: Eduardo Antônio Manjabosco. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Miguel Angelo da Silva. 22ª Câmara Cível. Publicado no DJe em 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50325344920208210001>. Acesso em: 15 mar. 2025.

⁷⁰ DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *A disparidade de critérios quantitativos do ITCMD na doação de quotas e ações de sociedades e a eleição de domicílio como ferramenta de economia tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023, p. 174.

⁷¹ Para Eliana Calmon, referido artigo tem como finalidade precípua a demonstração de autonomia que possui o Direito Tributário em face do Direito Privado, dispondo que, mesmo que o legislador tributário se utilize de conceitos e institutos de Direito Privado, poderá ele atribuir-lhes efeitos diversos, mas ressalva a autora que, quando isso ocorrer, o legislador deverá dispor esses efeitos

É exatamente o que ocorre no art. 184, inciso I, do PLP n. 108/2024. Em caso de pluralidade de domicílios, a legislação geral de ITCMD passa a definir o alcance do instituto para efeitos de direito tributário. Esta definição, no entanto, só poderia ser feita pela Lei Geral Complementar, uma vez que sua definição via leis ordinárias estaduais desencadearia manifesto conflito de competência, pois alteraria diretamente a sujeição ativa do ITCMD.

Neste sentido discorre Luís Eduardo Schoueri⁷², sobre a regulamentação da pluralidade de domicílios no ITCMD: “Constatada a pluralidade de domicílios, exsurge o papel da lei complementar, desta vez não com fundamento no inciso III do § 1º do artigo 155, mas no inciso I do artigo 146 do texto constitucional, dado o claro conflito de competência em matéria tributária.”

Reverbera-se que caso referida alteração se mantenha na promulgação da Lei Geral Complementar de ITCMD, acabará maculando drasticamente uma das maiores formas de planejamento tributário hoje usadas no Brasil: a utilização do instituto do domicílio como ferramenta de redução da carga tributária de ITCMD.

Como consequência, propiciará a redução da evasão fiscal de ITCMD dos estados em que o critério quantitativo de ITCMD é mais agressivo às transmissões de bens móveis, e promoverá a correta desconcentração e redistribuição de riquezas nos Estados onde estas foram acumuladas, privilegiando, por seu turno, a justiça fiscal, por colocar em patamar de igualdade a tributação daqueles com o mesmo patrimônio, mas que não tenham usufruído desta forma de planejamento tributário.

5. Conclusão

O presente artigo buscou verificar a utilização do ITCMD como forma de promoção da desconcentração de riquezas, justiça fiscal, e sua observância ao princípio da capacidade contributiva, frente às modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 13220/23 e as propostas trazidas pela Lei Geral Complementar de ITCMD – PLP n. 108/2024.

Fora possível observar que o ITCMD, para além de sua função arrecadatória, possui como função extrafiscal a promoção da desconcentração de riqueza e justiça fiscal, na medida em que tributa a transmissão de bens de forma não onerosa, permitindo que uma parte desta riqueza seja recolhida aos cofres públicos para a promoção e consecução de seus objetivos.

de maneira expressa (CALMON, Eliana. *Comentários aos arts. 29 a 31, 96 a 112 e 175 a 182*. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Código Tributário Nacional comentado* [livro eletrônico]: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020, p. RL-1.37).

⁷² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 266-267.

Ademais, verificou-se que o planejamento tributário, embora lícito e aceito em nosso Sistema Tributário, reduz drasticamente a eficiência da função extrafiscal do ITCMD, uma vez evita a tributação do ITCMD nas transmissões de grande patrimônio, maculando a capacidade contributiva e desfavorecendo a justiça fiscal.

Estes planejamentos tributários, por seu turno, podem ser reduzidos a partir da elaboração de normas que atinjam diretamente as ferramentas e lacunas utilizadas para a sua elaboração, como por exemplo através de normas que disponham sobre a correta apuração de base de cálculo, regime progressivo de alíquotas, entre outras.

Ato contínuo, verificou-se que a Emenda Constitucional n. 132/2023 instituiu e modificou normas que possibilitessem a redução do campo de atuação de planejamentos tributários de ITCMD e, consequentemente, potencializaram a função extrafiscal do referido tributo, privilegiando inclusive a capacidade contributiva e a promoção da justiça fiscal.

Por fim, verificou-se que, na mesma linha da Emenda Constitucional n. 132/2023, a Proposta de Lei Complementar de ITCMD – PLP n. 108/2024 traça eficientemente as duas normas que tratam das duas maiores lacunas utilizadas pelo contribuinte para a realização de planejamentos tributários, quais sejam: base de cálculo e domicílio, delineando-as de forma a reduzir o campo de possibilidades dos planejamentos tributários mais utilizados na atualidade.

Referências bibliográficas

- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 67*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. Data do julgamento: 6 de junho de 2022. Publicada no Diário de Justiça em 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075478&ext=.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. *Código Civil de 2002*. Lei n. 10.406/2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2025
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 16 de março de 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2025.
- BRASIL, *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 155, I. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Institui o Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, 27 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2025

BRASIL. *Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Estabelece%20al%C3%A9quotas%20m%C3%A1xima%20para%20o,155%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.446*, julgado em 11 de abril de 2022. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Cármel Lúcia. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur463131/false>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 562.045* do Rio Grande do Sul. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Espólio de Emilia Lopes de Leon. Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 06.02.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249896/false>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 851.108/SP*. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 01.03.2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444598/false>. Acesso em: 15 mar. 2025.

CALMON, Eliana. *Comentários aos arts. 29 a 31, 96 a 112 e 175 a 182*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional comentado* [livro eletrônico]: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 67, de 2021*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280239#:~:text=PLP%2067%2F2021%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei%20Complementar&text=Imposto%20sobre%20Transmiss%C3%A3o%20Causa%20Mortis,fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%2C%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20final%2C%20tributa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 mar. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 108, de 2024*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166095>. Acesso em: 15 mar. 2025.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CURY, Fabio Lemos. *ITCMD: regime geral e o papel da lei complementar*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2022.
- DOMINGUES, Nathalia Daniel. *Tributação da herança*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *A disparidade de critérios quantitativos do ITCMD na doação de quotas e ações de sociedades e a eleição de domicílio como ferramenta de economia tributária*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023.
- DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. Evasão fiscal do ITCMD na doação de participações societárias: uma análise à luz da ausência de lei geral complementar. *1ª Revista Científica da Comissão de Direito Tributário e Subcomissão de Estudos Tributários da OAB Goiás*. 2024.
- DONADI, Ana Carolina Sebba de Pádua Freitas. *Reforma tributária: cenário comparativo das alterações e impactos para os contribuintes*. Coord. Marcos Nunes. Goiânia: Kelps.
- ESTADO DE GOIÁS. Lei n. 11.651/1991. *Código Tributário Estadual de Goiás*. Disponível em: <https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Cte/CTE.htm>. Acesso em: 14 mar. 2025.
- ESTADO DE GOIÁS. Secretaria de Estado da Economia de Goiás. *Instrução Normativa n. 1.564/2023-GSE*, de 25 de junho de 2023, publicado no DOE em 27 de junho de 2023. Disponível em: https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Secretario/IN/IN_1564_2023.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.
- ESTADO DE SÃO PAULO. *Decreto n. 46.655/2002* do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46655-01.04.2002.html>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- ESTADO DO AMAZONAS. Art. 119-A da Lei Complementar n. 19, de 1997. *Código Tributário Estadual do Amazonas*. Disponível em: <https://sistemas.sefaz.am.gov.br/get/Normas.do?metodo=viewDoc&uuidDoc=ac5497ab-4fb9-4bc8-a51b-32405f61dc30>. Acesso em: 14 mar. 2025.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes; LEITÃO, Carolina Fagundes. A holding patrimonial familiar e seus incentivos: uma análise jus-econômica. *Revista Jurídica Luso-brasileira* ano 2, n. 4, maio 2016, p. 369-393, p. 380. ISSN: 2183-539X. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0369_0393.pdf. Acesso em: 15 mar. 2025.
- FRANCO, André Luiz Secco. A erosão da base tributária do ITCMD em São Paulo. *Estudos Fiscais sobre ITCMD*. São Paulo: Max Limonad, 2024.
- GODOI, Marciano Seabra de. A Emenda Constitucional 132/2023 como o início de um possível desbloqueio institucional que permita uma incidência equitativa.

va do imposto sobre heranças e doações no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facy; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Reforma Tributária do Consumo no Brasil*. São Paulo: Casa do Direito, 2024.

LEÃO, Martha. A (falta de) norma geral antiabuso no direito tributário brasileiro: entre o dever fundamental de pagar tributos e o direito de economizá-los. *Revista Direito Tributário Atual* v. 40. São Paulo: IBDT, 2018, p. 550-571. ISSN: 1415-8124.

MEDEIROS, Frederico Batista dos Santos. Normas antielisivas no ordenamento jurídico tributário nacional e internacional: mecanismos internos e externos como garantias de um planejamento tributário elisivo. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo* v. 33. São Paulo: RT, abr.-jun. 2022, p. 207-235. ISSN: 2525-4626.

MELLO, Anderson. ITCMD na Reforma Tributária: as mudanças e os impactos nos Estados. *Tax Group Website*. 30 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.taxgroup.com.br/intelligence/itcmd-na-reforma-tributaria-as-mudancas-e-os-impactos-nos-estados/>. Acesso em: 14 mar. 2025.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do planejamento tributário. *Revista Direito Tributário Atual* v. 47. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2021, p. 614-638. ISSN: 1415-8124.

RAWS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TJ-RS. *Apelação Cível n. 5032534-49.2020.8.21.0001*. Autor: Eduardo Antônio Manjabosco. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Miguel Angelo da Silva. 22ª Câmara Cível. Publicado no DJE em 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50325344920208210001>. Acesso em: 15 mar. 2025.

TJ-SP. *Apelação Cível n. 1018552-78.2018.8.26.0482*; Apelante: Adriana Lebedenko. Apelado: Estado de São Paulo. Relatora Des. Maria Laura Tavares; 5ª Câmara de Direito Público do Foro de Presidente Prudente. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21.06.2021; Publicado em 23.06.2021. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14746680&cdForo=0. Acesso em: 14 mar. 2025.

TJ-SP. *Apelação Cível n. 1020030-50.2018.8.26.0053*. Apelante: Estado de São Paulo. Apelado: Joel Malucelli. Relator: Des. Magalhães Coelho. 7ª Câmara de Direito Público. Decisão Publicada no DJe em 1º de outubro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12935430&cdForo=0>. Acesso em: 15 mar. 2025.

- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. IV.
- VALENTIN, Jefferson. Holding. *Estudo sobre a evasão fiscal do ITCMD no planejamento sucessório*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2021.
- VALENTIM, Jefferson. Valor de mercado, doação mista e simulação no ITCMD. *Estudos Fiscais sobre ITCMD*. São Paulo: Max Limonad, 2024.

Controle de Constitucionalidade no Âmbito dos Processos Administrativos Tributários Estaduais: Aplicação dos Precedentes Vinculantes dos Tribunais Superiores

Constitutionality Control in State Tax Administrative Processes: Application of Binding Precedents of the Superior Courts

Ananda Elisa Barbosa do Nascimento Rossi Greco

Pós-graduanda em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas (FGV, 2024-2025).

Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC SP, 2023).

Advogada – Contencioso Tributário Administrativo e Judicial.

E-mail: ananda-rossi@hotmail.com.

Recebido em: 28-5-2025 – Aprovado em: 25-8-2025

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.2.2025.2777>

Resumo

Pretende-se propor a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores no âmbito dos processos administrativos tributários, como forma de mitigar a expressiva quantidade de execuções fiscais estaduais no Poder Judiciário, de modo a promover maior eficiência à Administração Pública. A discussão guarda pertinência com: (i) os instrumentos e conceitos de *law and economics*; (ii) o princípio da legalidade no ordenamento jurídico; (iii) o papel do processo administrativo tributário; (iv) a função judicante do Poder Executivo; (v) o dilema jurídico na doutrina a respeito da (im)possibilidade de os órgãos administrativos julgadores realizarem controle de constitucionalidade dos atos administrativos; e (vi) a análise da realidade do Poder Judiciário, que apresenta grande congestionamento quanto às execuções fiscais, especialmente no âmbito estadual. Como exemplo, realizou-se uma breve análise das legislações do Estado de São Paulo e do Estado do Pará sobre o tema.

Palavras-chave: controle de legalidade e constitucionalidade, processo administrativo tributário, precedentes vinculantes, eficiência, análise econômica do direito.

Abstract

It is intended to propose the application of the binding precedents of the Superior Courts in the context of administrative tax proceedings, as a way of mitigating the significant number of state tax foreclosures in the Judiciary, to promote greater efficiency for the Public Administration. The discussion is

pertinent to: (i) the instruments and concepts of law and economics; (ii) the principle of legality in the legal system; (iii) the role played by the tax administrative proceeding; (iv) the judging role of the Executive Branch; (v) the legal dilemma in the doctrine regarding the (im)possibility of administrative judging courts controlling the constitutionality of administrative acts; and (vi) an analysis of the reality of the Judiciary, which is heavily congested with tax foreclosures, especially at the state level. As an example, a brief analysis was made of the legislation of the State of São Paulo and the State of Pará.

Keywords: legality and constitutionality control, tax administrative proceedings, binding precedents, efficiency, law and economics.

1. Introdução

Estudos realizados pelo CNJ ao longo dos anos apontam que, historicamente, as execuções fiscais são o principal fator de morosidade e sobrecarga do Poder Judiciário. A título exemplificativo, no ano de 2021, as execuções fiscais representaram: (i) 90% de taxa de congestionamento judicial; (ii) 86% dos processos na Justiça Estadual; e, (iii) mais especificamente no Estado de São Paulo, 57% dos processos pendentes (CNJ, 2022a, p. 170-175).

Nesse sentido, a própria Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, em entrevista ao Estadão (2023, p. 1), reconheceu que o Governo tem parcela de culpa nessa realidade, tendo em vista que, antigamente, a eficiência das execuções fiscais (cobranças) era medida por “não deixar o processo morrer e levar o assunto até o Supremo Tribunal Federal”, de modo que congestionava o Poder Judiciário com causas possivelmente sem chance de êxito.

No relatório “Sistematização do diagnóstico do contencioso tributário nacional: contencioso judicial tributário”, o CNJ analisou (entre outros focos) os possíveis fatores que contribuem para essa realidade (grande número de execuções fiscais “travando” o Poder Judiciário), sendo que dois deles serão brevemente analisados neste estudo, quais sejam: (i) a (im)possibilidade de análise de constitucionalidade no contencioso administrativo, estando os órgãos julgadores restritos à análise de legalidade e direcionados pelo princípio da verdade material; somado ao fato de que (ii) grande parte dos órgãos julgadores administrativos não aplicam as decisões judiciais vinculantes proferidas pelos Tribunais Superiores¹, em razão da falta de previsão legislativa (CNJ, 2022b, p. 13-14).

Ainda, a morosidade e a sobrecarga do Poder Judiciário quanto aos processos tributários também são consequência da ineficiência dos processos administrativos tributários (CNJ, 2022b, p. 22) que, em tese, deveriam atuar como uma espécie de *filtro*, de modo a evitar que execuções fiscais fadadas ao insucesso

¹ Aqui nos referimos às decisões que vinculam obrigatoriamente o Poder Judiciário quanto aos julgamentos proferidos em sede de recursos repetitivos no STJ e repercussão geral no STF (art. 927, inciso III, do CPC).

cheguem ao Judiciário (MINATEL, 1999, p. 95).

Em outras palavras, um dos principais gargalos identificados com relação ao atolamento do Poder Judiciário é o fato de que inúmeras discussões que poderiam ser solucionadas no âmbito do processo administrativo acabam judicializadas, levando a julgamento de processos que visam a satisfazer créditos com pouca probabilidade de recuperação (CNJ, 2022a, p. 170).

Diante desse cenário, o presente estudo pretende jogar luz sobre particularidades do processo administrativo tributário brasileiro que contribuem para o congestionamento do Poder Judiciário, no que tange às execuções fiscais estaduais. Para isso, de modo a especificar o escopo da pesquisa, selecionou-se para análise as legislações do Estado de São Paulo e do Estado do Pará – principalmente, no que tange à previsão sobre (i) o controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos administrativos julgadores, bem como (ii) a aplicação dos precedentes vinculantes do STJ e STF.

Conforme será analisado neste trabalho, a legislação de São Paulo (Lei n. 13.457, de 18 de março de 2009), em que pese determinar que (i) não é possível os julgadores administrativos analisarem a (in)constitucionalidade de leis, prevê que (ii) devem ser aplicadas as decisões do STF proferidas nas *ações diretas de constitucionalidade*. Nesse Estado, as execuções fiscais representavam mais da metade dos processos pendentes de julgamento, no ano de 2021, conforme demonstrado anteriormente.

Já a legislação do Estado do Pará (Lei n. 6.182, de 30 de dezembro de 1998) prevê que o pedido do contribuinte será *indeferido* quando este questionar a constitucionalidade ou a validade da legislação tributária, *a não ser que* seja invocado precedentes dos Tribunais Superiores desfavoráveis à Fazenda Pública, proferidos em sede de (i) controle concentrado de constitucionalidade pelo STF; (ii) recursos repetitivos (STJ); (iii) repercussão geral (STF); (iv) IRDR; (v) súmulas do STJ e STF – inclusive, súmulas locais do Tribunal de Justiça do Pará. Nesse Estado, as execuções fiscais representavam 26% dos processos pendentes, no ano de 2021 (CNJ, 2022a, p. 170-175).

Compreender essa realidade da alta litigiosidade tributária no Poder Judiciário se torna importante, na medida em que traz diversos impactos *socioeconômicos*, tais como: (i) o congestionamento da justiça tributária, que apresenta volume excessivo de processos fiscais (especialmente execuções fiscais) aguardando julgamento, o que depreende subtração de recursos financeiros do Poder Público que poderiam ser alocados em outros setores (ABJ, 2022, p. 231-232); (ii) a *ineficiência econômica* da Administração Pública, na medida em que execuções que pretendem satisfazer “créditos tributários podres” acabam gerando ônus de su-cumbência a ser financiado pelo Erário; e (iii) grande parte das execuções fiscais em tramitação exige valores inferiores ao custo de tramitação do próprio processo de execução, o que reforça a ineeficácia das cobranças (CNJ, 2022b, p. 62).

Ante o exposto, o ferramental da análise econômica do Direito (principalmente no que tange ao processo tributário) é fundamental, razão pela qual o trabalho ora desenvolvido se valerá (metodologicamente) de conceitos e instrumentos de *law and economics*.

Finalmente, visando a propor possíveis soluções para mitigar a sobrecarga e a morosidade do Poder Judiciário no contexto dos processos tributários na Justiça Estadual – especificamente, as execuções fiscais – analisou-se (i) o princípio da legalidade no ordenamento jurídico tributário; (ii) o papel dos processos administrativos fiscais; (iii) a (im)possibilidade do controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos administrativos fiscais (brevemente, do ponto de vista *jurídico* e, especificamente, do ponto de vista *econômico*); (iv) a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores como forma da promoção da eficiência da Administração Pública; e (v) as leis do Estado de São Paulo e do Pará, a título exemplificativo, quanto às previsões a respeito da análise de constitucionalidade pelos órgãos administrativos julgadores, bem como quanto à aplicabilidade dos precedentes vinculantes do STJ e do STF.

2. Análise econômica do direito como proposta metodológica do trabalho

Na medida em que este trabalho pretende empreender análise pautada no binômio eficiência/ineficiência da não aplicação de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores no processo administrativo tributário dos Estados, é indispensável a análise de conceitos e fundamentos de metodologia de estudo denominada análise econômico do Direito (*law and economics* ou, simplesmente, L&E).

A análise econômica do Direito visa a responder duas perguntas sobre as regras legais: (i) “quais são os efeitos das leis no comportamento dos agentes relevantes?” e (ii) “esses efeitos das leis são socialmente desejáveis?” (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1666). A primeira pergunta busca a análise econômica do Direito em sentido *descritivo*, mediante a aplicação de conceitos e métodos econômicos, especialmente no que tange à (in)eficiência da lei (Teoria Positiva). Já a segunda pergunta, busca a análise econômica do Direito sob o aspecto *normativo*, isto é, a partir da análise da realidade (Teoria Normativa) (CALIENDO, 2009, p. 188).

Dessa forma, a Economia dispõe de teorias científicas (como a dos jogos e a dos preços) para prever os efeitos da lei no comportamento das pessoas, bem como aplica métodos empíricos e estatísticos para analisar esses efeitos. Justamente por isso, o Direito e a Economia são complementares entre si, na medida em que a Economia enxerga as leis como forma de incentivo de mudanças comportamentais, bem como instrumentos de políticas públicas (eficiência e alocação dos recursos); e o Direito precisa da Economia justamente para compreender as consequências legais no comportamento da sociedade (COOTER; ULEN, 2011, p. 3,9).

Embora o comportamento das pessoas ainda seja muito difícil de prever com precisão, a análise econômica do Direito se mostrou um campo de grande

importância atualmente, na medida em que serve de instrumento para que a legislação alcance seu desiderato, conduzindo o comportamento social e as relações interpessoais. Não por outro motivo, trata-se de método de estudo que vem crescendo e ganhando cada vez mais espaço entre pesquisadores do Direito (SHAVELL, 2004, p. 112).

Nesse sentido, Shavell (2004, p. 3) explica que são três características que diferenciam a análise econômica do Direito de outras abordagens analíticas, quais sejam: (i) na análise econômica do Direito como um todo, a ênfase é dada no uso de modelos estilizados e testes empíricos de teorias; (ii) na análise *descritiva*, a visão de que os agentes são racionais tem maior peso do que em outras análises; e (iii) na análise *normativa*, o critério do bem-estar social é explícito, enquanto em outras análises, o critério estudado é implícito.

Nesse cenário, o fundamento da *eficiência* aplicado na análise econômica do Direito possui o sentido de maximização de determinados bens sociais importantes, cuja importância pode ser mensurada mediante vários critérios. Um deles é o da *utilidade*, que permite a interconexão entre elementos como: recursos financeiros, tempo, cumprimento de regras etc. (CALIENDO, 2009, p. 199-200).

No que interessa ao escopo deste estudo, este critério da utilidade é justamente o mais adequado para analisar o papel do processo administrativo tributário, de maneira a responder se este instrumento está sendo (in)eficiente e (in)útil, especialmente no que se refere a sua função de filtro de demandas tributárias (execuções fiscais) perante o Poder Judiciário, ante os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

Para a metodologia deste trabalho, portanto, ambas as análises (teorias) de *law and economics* serão aplicadas, na medida em que o presente estudo pretende analisar aspectos da (in)eficiência do processo administrativo tributário brasileiro que contribuem para o congestionamento do Poder Judiciário (Teoria Positiva), bem como serão abordados impactos socioeconômicos da alta litigiosidade tributária no Poder Judiciário que tornam as leis estaduais (in)desejáveis para o bem-estar social (Teoria Normativa).

Dessa forma, para compreender o papel desempenhado pelo processo administrativo tributário (que vai desde o controle de legalidade do ato administrativo de constituição do crédito tributário à defesa do contribuinte, que somente toma parte do procedimento em momento litigioso), é necessário estudar seu principal fundamento: o princípio da legalidade.

3. Princípio da legalidade no ordenamento jurídico tributário

O princípio da legalidade fundamenta o Estado de Direito, principalmente as relações jurídico-tributárias, tendo em vista que obsta o exercício irrestrito da soberania Estatal no poder de tributar, limitando-o. Isso porque, a arrecadação de tributos pelo Poder Público deve ser previamente autorizada por lei, bem como

a própria Administração Pública deve desenvolver suas atividades através do permissivo legal (ROTHMANN, 1972, p. 232-236, 241).

Diante disso, Rothmann (1972, p. 242-249) afirma que, em observância do ordenamento jurídico tributário brasileiro, a legalidade da tributação se apresenta sob quatro feições, quais sejam: (i) como legalidade da administração pública; (ii) como reserva de lei; (iii) como estrita legalidade tributária; e (iv) como conformidade da tributação com o fato gerador. Considerando que o princípio da legalidade e suas diversas aplicações é um tema extenso, que ultrapassa o escopo deste trabalho, essas mencionadas feições serão abordadas de maneira breve a seguir, apenas para que se entenda qual delas é a mais adequada para aplicação neste estudo.

A *primeira* feição do princípio da legalidade trata da legalidade aplicável à Administração Pública, sob o aspecto de vinculação e obrigatoriedade do Poder Executivo à observância da lei, nos termos do art. 37, *caput*, da CF: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...].” Nesse sentido, a Administração Pública somente pode atuar dentro dos limites legais e em observância aos demais princípios enumerados no supramencionado dispositivo constitucional (PIETRO, 2023, p.109).

Além disso, o art. 5º, inciso II, da CF preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, é correto afirmar que o princípio da legalidade: (i) sob a ótica dos particulares, admite como lícito fazer (ou deixar de fazer) tudo aquilo que a lei não proíbe; enquanto (ii) sob a ótica da Administração Pública, admite como lícito fazer (ou deixar de fazer) somente aquilo que a lei permite.

Além da previsão constitucional, o CTN também prevê em alguns artigos² a respeito dessa feição do princípio da legalidade, demonstrando que, não somente a Administração Pública deve observar os preceitos legais (praticando atos vinculados), como também, deve cobrar o tributo nascido na conformidade da lei (ROTHMANN, 1972, p. 244).

Já a *segunda* feição do princípio da legalidade trata da reserva legal de forma geral, que comporta duas frentes: (i) a reserva legal absoluta (quando a CF reserva somente à lei formal a disciplina de determinada matéria, com exclusão de qualquer outra fonte legal); e a (ii) reserva legal relativa (quando a CF admite que outra fonte diversa da lei discipline determinada matéria, desde que haja lei formal indicando as condições para tal disciplina) (SILVA, 1992, p. 367-369). Aqui,

² CTN: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante *atividade administrativa plenamente vinculada*;.”; “Art. 142, Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é *vinculada e obrigatória*, sob pena de responsabilidade funcional.”

está-se diante da reserva constitucional como um todo, isto é, abrangendo as matérias dos diferentes ramos do Direito reservadas à lei pela CF (de forma absoluta ou relativa), como por exemplo, a previsão de que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXXII, da CF).

O que diferencia esta feição da *terceira* (estrita legalidade tributária), é justamente a matéria reservada à lei formal pela CF: a *terceira* feição trata especificamente da legalidade tributária, isto é, daquela prevista no art. 150, inciso I da CF: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Este princípio da legalidade tributária não se confunde com o princípio da legalidade administrativa previsto no art. 5º, inciso II da CF (que é mais genérico), tendo em vista que, no caso da legalidade tributária, não há de se falar em delegação da disciplina da matéria para outras fontes legais. No mais, o princípio da legalidade tributária está vinculado ao aumento ou instituição de tributos, de modo que se traduz em uma reserva de lei, tanto na perspectiva formal como material (MÉLO, 2009, p. 291).

Por fim, a *quarta* feição do princípio da legalidade (como conformidade da tributação com o fato gerador) trata-se da chamada Regra Matriz de Incidência Tributária, que é um método consagrado por Paulo de Barros Carvalho, visando à compreensão dos elementos constitutivos da relação jurídico-tributária (hipótese e obrigação tributária) que devem estar previstos em lei formal (SCHOUERI, 2022, p. 559).

De acordo com esse método, a lei deverá prever todos os critérios que, uma vez preenchidos, darão por concretizada a hipótese (fato gerador), identificando-se uma consequência jurídica (obrigação tributária). Nesse sentido, Rothmann (1972, p. 249) explica que a lei formal deve relacionar todos os aspectos do fato gerador necessários à configuração da obrigação tributária, quais sejam: (i) objetivo ou material (situação de fato); (ii) subjetivo (sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária); (iii) espacial (lugar em que o fato gerador se concretiza); (iv) temporal (momento da ocorrência do fato gerador); e (v) quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Nesse sentido, Carvalho (2021, p. 285) explica que somente haverá subsunção do fato gerador à norma (isto é, concretização deste fato gerador, originando uma obrigação tributária), quando este guardar absoluta identidade com o “deseño normativo” da hipótese tributária estipulada em lei.

Assim, de forma didática, a Regra Matriz de Incidência Tributária vincula três critérios ao fato gerador (material, temporal e espacial) e dois à obrigação tributária (pessoal e quantitativo), de modo a esclarecer, também, o alcance do princípio da legalidade, evidenciando que este ultrapassa a mera previsão do fato gerador em lei (SCHOUERI, 2022, p. 559-561).

Diante disso, essa *quarta* feição do princípio da legalidade se encontra positivada no art. 97 do CTN³ que, na função de lei complementar, esclarece as previsões necessárias que a lei formal deve ter para satisfazer o mandamento constitucional do art. 150, inciso I, da CF (SCHOUERI, 2022, p. 562).

Portanto, dentre as quatro feições do princípio da legalidade no ordenamento jurídico tributário apresentadas acima, a mais adequada para os fins deste estudo é a *primeira* (legalidade aplicável à Administração Pública), na medida em que o Poder Executivo (Administração Pública direta), ao exercer sua função atípica judicante no processo administrativo tributário, deve se basear nos preceitos legais para julgar as defesas dos contribuintes. Em outras palavras, cabe ao processo administrativo, em um primeiro momento, realizar o controle de legalidade do ato administrativo que implica a constituição do crédito tributário (no contexto da autotutela)⁴.

Vale ressaltar que a *segunda* e a *terceira* feições não seriam as mais adequadas para os fins deste estudo, tendo em vista que o princípio da legalidade nessas feições se limita à reserva legal que a CF determina, não se confundindo com o princípio da legalidade aplicável à Administração Pública, conforme explicado.

Por fim, a *quarta* feição também não seria adequada para observar neste estudo, considerando que o escopo de aplicabilidade do princípio da legalidade neste caso está limitado à análise do fato gerador e sua ocorrência no mundo jurídico, pela sua subsunção à norma tributária – o que não guarda relação com a matéria estudada neste trabalho.

Diante disso, sob os fundamentos do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública, passa-se a estudar o papel do processo administrativo no ordenamento jurídico, especialmente sob os pontos de vista do Fisco (Fazenda Pública) e do contribuinte.

4. O papel do processo administrativo tributário: do controle de legalidade à defesa do contribuinte

O estudo do processo administrativo tributário pressupõe compreender que o Poder Executivo possui uma função administrativa atípica (imprópria) de pro-

³ “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V – a combinação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.”

⁴ Em regra, em um primeiro momento, o papel de controle de legalidade e constitucionalidade cabe ao Poder Judiciário, como função típica judicante.

duzir norma individual e concreta para dirimir conflitos entre os contribuintes e o Fisco: a função judicante (que será explorada em maiores detalhes no tópico seguinte). O exercício dessa função compreende as atividades pelas quais a Administração Pública aprecia e decide as pretensões dos contribuintes, mediante a aplicação do direito material e processual cabível (KUNZLER, 2016, p. 1).

Esse cenário impõe à Administração Pública a adoção de um devido processo legal administrativo para resolver conflitos com os contribuintes (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 94). Nesse sentido, observa-se que em certos aspectos a CF equiparou o processo administrativo ao judicial, assegurando-lhe a aplicação dos mesmos princípios processuais, conforme se depreende da leitura do art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De igual forma, o CTN reafirma a existência da função judicante da Administração Pública em alguns de seus artigos⁵, de modo que as decisões proferidas no âmbito dos processos administrativos tributários são consideradas normas tributárias complementares.

Diante disso, é possível observar duas grandes concepções acerca do papel desempenhado pelo processo administrativo tributário, quais sejam: (i) instrumento de controle de legalidade dos atos administrativos (lançamentos tributários), sob a ótica do Fisco (Fazenda Pública); e (ii) defesa administrativa do contribuinte, sob a ótica do próprio contribuinte. Passa-se, portanto, a discorrer sobre essas duas concepções e suas respectivas consequências, de modo a determinar qual delas será observada pelo presente estudo.

A *primeira* concepção do processo administrativo tributário (instrumento de controle de legalidade) trata-se da visão clássica de que o processo administrativo é um instrumento para o exercício da autotutela da Administração Pública (isto é, controle interno de legalidade), através do qual há a possibilidade de o Fisco rever seus atos, mediante provocação do contribuinte, ou até mesmo de ofício (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 95).

Esta *primeira* concepção decorre diretamente do dever de a Administração Pública observar os preceitos legais (princípio da legalidade) para realizar qualquer ato administrativo (tal como os lançamentos tributários), de modo que isso resulta na obrigação de realizar o controle de legalidade de seus atos. Para tanto, um dos principais instrumentos utilizados é justamente o processo administrativo tributário.

⁵ “Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: II – as *decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa*, a que a lei atribua eficácia normativa”; “Art. 151. Suspender a exigibilidade do crédito tributário: III – as *reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*.”

Apesar disso, o controle interno de legalidade realizado pela Administração Pública (autotutela) não exclui o controle externo realizado pelo Poder Judiciário, sob provocação do contribuinte. Isso se deve ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Tal princípio decorre da adoção do Sistema de Jurisdição Una pelo Brasil (conhecido como sistema jurisdicional), em razão da possibilidade de os administrados poderem sempre⁶ se socorrer do Poder Judiciário para resolução de seus conflitos (de natureza administrativa ou exclusivamente privada) (MEIRELLES, 2020, p. 52-53).

Nesse sentido, uma das principais consequências de o processo administrativo ser um instrumento da autotutela da Administração Pública é que a decisão proferida no âmbito administrativo não pode ser questionada judicialmente pela própria Administração, razão pela qual a Fazenda Pública (Fisco) não pode exercer perante o Judiciário a *tutela de conhecimento* no âmbito do processo judicial tributário, mas somente a *tutela executiva* e a *tutela cautelar*. Isso porque, caso a Administração pudesse ingressar em juízo contra decisões proferidas por ela própria, a finalidade do processo administrativo (nesta *primeira concepção*) estaria exaurida, sendo este instrumento *inútil* aos seus propósitos (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 95-96).

Além disso, sob a ótica do controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo, a principal consequência desta *primeira concepção* do processo administrativo tributário é a *impossibilidade* de a Administração Pública declarar a inconstitucionalidade de uma lei para que um ato administrativo (tal qual o lançamento tributário) seja considerado inválido. Isso porque, isso já fugiria do escopo da autotutela (declaração de invalidade de ato da própria Administração) e da observância do princípio da legalidade, de modo que se estaria cogitando o Poder Executivo controlar a validade de um ato normativo expedido por outro Poder (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 96-97). Este tema será abordado em maiores detalhes no tópico seguinte.

Já a *segunda concepção* do processo administrativo tributário (como defesa administrativa do contribuinte), advém da possibilidade de o contribuinte se defender de cobrança tributária recebida da Fazenda Pública, impugnando-a preliminarmente à inscrição do suposto débito em dívida ativa.

Isso decorre da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF)⁷, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, in-

⁶ Aqui se faz menção à regra geral, tendo em vista que as exceções desse princípio da inafastabilidade da jurisdição não fazem parte do escopo deste trabalho.

⁷ “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

ciso LV, da CF – supracitado), que garantem aos contribuintes a existência de um processo administrativo no qual os argumentos de fato e direito são apresentados perante o Fisco, antes de eventual privação de seus direitos ou bens (KUSTER, 2016, p. 240).

Diante disso, nessa *segunda* concepção, o processo administrativo tributário é tratado como verdadeiro garantidor da aplicação dos princípios constitucionais, das leis e da própria CF como um todo. Isso porque, o lançamento tributário (auto de infração) já nasce com a presunção de legitimidade e exigibilidade, o que significa que, caso não existisse um contencioso tributário ainda na esfera administrativa, a constituição da Certidão de Dívida Ativa (CDA) seria automática, de modo a conferir exequibilidade ao débito perante o Poder Judiciário, sem que o contribuinte pudesse se manifestar antes.

É importante ressaltar que a CDA é o único título executivo extrajudicial⁸ que nasce de um ato unilateral do credor (sem qualquer assinatura do devedor), o que evidencia a “vantagem” que o Fisco possui sobre o contribuinte (FREITAS, 2020, p. 263). Mais do que isso, o próprio CTN atribui à CDA a presunção de certeza e liquidez, considerando-a prova pré-constituída do débito, sendo que caberia ao contribuinte (ou um terceiro interessado) comprovar o contrário, por meio de prova inequívoca⁹. Essa realidade ratifica a importância do processo administrativo tributário como defesa do contribuinte.

Nesse sentido, com a garantia de um devido processo legal administrativo, no caso de inconformidade do sujeito passivo (contribuinte) quanto à cobrança, este poderá apresentar impugnação (defesa) ao lançamento, requerendo o pronunciamento final do órgão controlador da legalidade daquele ato administrativo (CARVALHO, 2021, p. 478-479).

Dessa forma, mediante a provocação da autoridade administrativa para revisar seu ato, o contribuinte fomenta o controle de legalidade do lançamento tributário, de modo a atingir o objetivo do processo administrativo no âmbito do contencioso administrativo tributário: apreciar a lide entre o Fisco e o contribuinte (MOROSKY FILHO, 2023, p. 1). Com isso, garante-se que não seja gerada uma CDA, sem que o contribuinte tenha previamente se manifestado (e se defendido) da cobrança.

Sob essa perspectiva, o processo administrativo não pode (nem deve) ser visto como uma série de procedimentos preparatórios de uma futura execução

⁸ CPC: “Artigo 784. São títulos *executivos extrajudiciais*: IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.”

⁹ “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”

fiscal, mas, sim, um verdadeiro processo de conhecimento no âmbito administrativo (KUSTER, 2016, p. 241), para que o contribuinte exerça seu direito ao contraditório e à ampla defesa (isto é, tenha seu direito tutelado) antes que o suposto débito seja inscrito em dívida ativa.

Nesse cenário, é possível considerar que a principal consequência desta concepção do processo administrativo tributário é privilegiá-lo como instrumento de solução de conflito mitigador de judicialização (MOROSKY FILHO, 2023, p. 1). Isso porque, sob a ótica do contribuinte, possibilita uma análise prévia de seus argumentos de fato e de direito (permitindo, ainda, a produção de provas e a realização de diligências), de modo que a decisão favorável de cancelamento do lançamento tributário proferida na esfera administrativa acaba por encerrar o contencioso tributário, sem que o Poder Judiciário seja sequer acionado (por quaisquer das partes, isto é, ajuizamento de execução fiscal pela Fazenda Pública e/ou ação anulatória de lançamento tributário/mandado de segurança pelo contribuinte).

No mais, sob a ótica do controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo, a consequência advinda desta *segunda* concepção está na *necessidade* de a Administração Pública realizar análise de constitucionalidade das leis, para atingir ao objetivo da defesa do contribuinte na esfera administrativa. Isso porque, se ao administrado são garantidos o contraditório e a ampla defesa, seu direito não poderia ficar limitado a argumentos infraconstitucionais, sob pena de ofensa a tais garantias constitucionais (KUSTER, 2016, p. 241). Este tema será melhor abordado no tópico seguinte.

Diante desse cenário, é possível chegar a *duas* grandes conclusões a respeito do papel desempenhado pelo processo administrativo tributário: a *primeira* delas é que, no fundo, independentemente da concepção que se adote, o processo administrativo tributário possui verdadeiro papel de filtro de demandas judiciais, pois possibilita tanto a revisão do Fisco de seus próprios atos (*primeira* concepção), quanto a defesa do contribuinte antes da constituição da CDA e eventual constrição de seus bens (*segunda* concepção)¹⁰.

A *segunda* conclusão é que, apesar de as duas concepções do processo administrativo tributário serem complementares entre si – na medida em que apresentam o papel do processo administrativo sob as óticas do Fisco (na *primeira* concepção) e do contribuinte (na *segunda* concepção) – tais concepções possuem consequências diametralmente opostas: a possibilidade ou não da análise de constitucionalidade no âmbito administrativo.

¹⁰ CTN: “Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

Assim, do ponto de vista *jurídico*, se por um lado, o controle de constitucionalidade pela Administração Pública feriria o papel de autotutela do processo administrativo tributário, por outro lado, a impossibilidade de analisar a constitucionalidade de leis limitaria a defesa administrativa do contribuinte, restringindo seus direitos constitucionalmente garantidos.

Este dilema leva ao enfoque deste trabalho: chegar no “meio do caminho”, isto é, apresentar uma forma de assegurar ao contribuinte amplo direito de defesa administrativa, ao mesmo tempo que se respeita o papel de autotutela do processo administrativo tributário, de modo a evitar a judicialização de demandas que podem ser resolvidas ainda no âmbito administrativo.

Para isso, este trabalho estudará a possibilidade de garantir o direito de defesa administrativa do contribuinte, tendo a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores como forma de controle de constitucionalidade no âmbito dos processos administrativos (saindo, portanto, da *primeira* concepção clássica de que, pela autotutela, qualquer tipo de análise de constitucionalidade pelos julgadores administrativos seria impossível).

Contudo, diferentemente das discussões *jurídicas* travadas acerca da (im) possibilidade de os órgãos administrativos judicantes realizarem o controle de constitucionalidade, este estudo tratará deste dilema sob o ponto de vista de *law and economics*, de modo a responder o seguinte questionamento: a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores pelos órgãos administrativos julgadores, como forma de controle de constitucionalidade, é eficiente/ineficiente para a Administração Pública (como um todo)?

Para isso, embora não seja o tópico principal deste trabalho, o dilema *jurídico*¹¹ na doutrina a respeito da (im)possibilidade de a Administração Pública realizar controle de constitucionalidade será brevemente estudado, tendo em vista que um dos principais argumentos utilizados pelos julgadores administrativos para *não* aplicar os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores é justamente a sua suposta incompetência para apreciar questões constitucionais.

Todavia, cabe pontuar que a discussão *jurídica* deste dilema não será aplicada em grandes detalhes para a conclusão deste trabalho, dado que a metodologia escolhida para este estudo se baseia nos conceitos e instrumentos de L&E.

Dessa forma, passa-se a estudar aspectos da função judicante do Poder Executivo, que acabam por originar a divergência doutrinária sobre a (im)possibilidade da análise de constitucionalidade pelos órgãos administrativos judicantes (do ponto de vista *jurídico*), sendo que esse tema será estudado preponderantemente do ponto de vista *econômico*.

¹¹ Do ponto de vista jurídico, visa-se responder a seguinte pergunta: A Administração Pública pode/não pode realizar o controle de constitucionalidade?

5. A função judicante do Poder Executivo e a (im)possibilidade de controlar a constitucionalidade dos atos administrativos

Pelo princípio da separação dos Poderes, positivado no art. 2º da CF¹², os Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário) são harmônicos e independentes entre si, de modo que cada um desempenha seu respectivo papel no Estado de Direito. Nesse sentido, cada Poder exerce, preponderantemente, uma função (típica) e, de forma secundária, as outras duas (atípicas). Logicamente, as funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário são, respectivamente, legislar, executar e julgar (TEMER, 2005, p. 120).

No que se refere ao escopo deste trabalho, será analisada a função atípica do Poder Executivo que lhe atribui o papel de julgar as lides administrativas, especificamente no que se refere aos conflitos tributários entre a Fazenda Pública e os contribuintes: a função judicante.

De modo a compreender a relação entre essa função atípica do Poder Executivo e sua função típica de executar as leis, é possível separar didaticamente a Administração Pública em: Administração Ativa e Administração Judicante, sendo que nenhuma das duas possui personalidade jurídica, dado que são órgãos administrativos criados por mera descentralização de atividades (ROCHA, 2023, p. 271).

Nesse contexto, esses órgãos se relacionam, na medida em que o Fisco (Administração Ativa) desempenha o poder de tributar, se portando como agente da atividade fiscal, ao passo que, os órgãos julgadores da Administração Judicante apreciam as lides tributárias que advém desse exercício da atividade fiscal (CAVALCANTI, 2022, p. 39).

É justamente daí que decorre a impossibilidade de a Fazenda Pública (Administração Ativa) questionar judicialmente as decisões finais proferidas pela Administração Judicante, uma vez que os órgãos julgadores administrativos integram a Administração Pública (como um todo) e, portanto, não poderia a Administração questionar judicialmente sua própria decisão. Não por outro motivo, a Administração Judicante deve conservar a imparcialidade ao julgar as lides tributárias, sobretudo porque, muitas delas, atingem diretamente o Erário e, neste sentido, impactam grandemente as fontes orçamentárias, origem das receitas da própria Administração Pública no geral (CAVALCANTI, 2022, p. 39).

No mais, o principal aspecto da função judicante do Poder Executivo é que, a partir de seu exercício, a Administração Pública também exerce uma função garantidora da ordem social, de justiça tributária e dos direitos dos contribuintes (em conformidade com a *segunda concepção* do processo administrativo tributá-

¹² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

rio), em contraponto aos interesses arrecadatórios da Administração Ativa (CAVALCANTI, 2022, p. 124).

Justamente por isso, a função judicante desempenhada pela Administração Judicante vai além de meramente resguardar os interesses do próprio Fisco (*primeira concepção* do processo administrativo tributário), pois também visa a preservar possível ilegalidade contra o contribuinte (*segunda concepção*), mantendo a higidez do crédito tributário, bem como evitando o ajuizamento de execuções fiscais futuramente declaradas nulas (CAVALCANTI, 2022, p. 105).

Dessa forma, a partir da *segunda concepção* do processo administrativo tributário (defesa do contribuinte), a Administração Judicante não poderia deixar de apreciar os argumentos fundados na inconstitucionalidade da lei, pois isso implicaria uma restrição infundada do direito de defesa dos contribuintes (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 92). Isso porque, como afirmado pelo Ministro aposentado do STF, Eros Roberto Grau, “o direito não se interpreta em tiras”, mas sim de forma indivisível, razão pela qual as normas constitucionais não poderiam ser ignoradas quando do exercício da função judicante (atípica) pelo Poder Executivo (ADI 3.689).

Apesar disso, os órgãos administrativos de julgamento vêm decidindo por sua incompetência para efetuar qualquer tipo de controle de constitucionalidade (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 91). É possível citar, a título de exemplo, a Súmula n. 2 do CARF, no âmbito federal: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Não somente isso, os tribunais administrativos estaduais (escopo deste trabalho) embasam a impossibilidade de apreciar questões constitucionais no argumento de que a lei estadual não prevê tal possibilidade, bem como não vincula os julgadores administrativos à observância dos precedentes do STJ e STF, proferidos no âmbito de repetitivos e repercussão geral, respectivamente – o que será abordado em maiores detalhes no tópico seguinte.

Diante desse contexto, é necessário compreender, pelo menos, a discussão doutrinária que debate, do ponto de vista jurídico, se seria possível a própria Administração Judicante, no exercício de suas funções, apreciar questões de cunho constitucional e, especialmente, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se fundamenta o ato impugnado pelo contribuinte (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 91).

Nesse sentido, há a prevalência de duas grandes vertentes na doutrina: (i) uma corrente que defende a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo julgador administrativo (que iria desde a mera apreciação de argumentos constitucionais, até a efetiva declaração de inconstitucionalidade de lei tributária); e (ii) outra corrente que afirma ser impossível a Administração Judicante apreciar tais questões constitucionais e/ou declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Considerando que essa discussão jurídica vai muito além do escopo deste

trabalho, os argumentos de cada corrente serão brevemente expostos, apenas para compreender o motivo pelo qual os órgãos administrativos julgadores tendem a *não* aplicar os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

Os doutrinadores que se identificam com a *primeira* corrente¹³ defendem que, sempre que o julgador administrativo considerar uma norma inconstitucional (seja por argumentação do contribuinte, seja de ofício), deve deixar de aplicá-la, em atenção à Supremacia da Constituição no ordenamento jurídico (FERREIRA, 2009, p. 17).

A premissa dessa corrente é a de que o *modus operandi* da Administração Ativa deve ser distinta daquele da Administração Judicante, uma vez que a primeira exerce função típica e, a segunda, função atípica. Consequência disso é a relativização da definição de “atividade vinculada” da Administração Judicante (pelo princípio da legalidade), de modo que o afastamento da lei no caso concreto seria possível, no âmbito do processo administrativo tributário (ARAGÃO, 2004, p. 64).

De modo a justificar esse entendimento, essa corrente doutrinária argumenta que há reiterada utilização de artigos considerados inconstitucionais para fundamentar lançamentos tributários (KUSTER, 2016, p. 239), de modo que, ao privar os contribuintes de assim o questionar em suas defesas administrativas, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estariam sendo violados. Para além da supressão de direito dos contribuintes, esse entendimento cria um perverso incentivo na administração tributária no sentido de adotar medidas sabidamente inconstitucionais, contando com os custos tipicamente envolvidos de uma discussão judicial.

Além disso, os doutrinadores dessa *primeira* corrente argumentam que a manutenção da aplicação de leis claramente inconstitucionais (mas ainda não declaradas com efeito *erga omnes* que vinculam Administração Pública) faria com que o contribuinte fosse obrigado a sempre pleitear judicialmente seu direito, lotando o Poder Judiciário de demandas que poderiam ter sido resolvidas administrativamente – o que ofenderia os princípios da moralidade e da *eficiência* da Administração Pública (KUSTER, 2016, p. 241-243).

Já os doutrinadores da *segunda* corrente¹⁴ defendem que o Poder Executivo não teria competência declarar inconstitucionalidade de leis ou sequer apreciar

¹³ Nesse sentido, é possível citar: Antonio da Silva Cabral, Ives Gandra da Silva Martins, Valdir de Oliveira Rocha, James Marins, Wagner Balera, Lúcia Valle Figueiredo (FERREIRA, Abel Henrique. Análise da constitucionalidade e legalidade da legislação tributária no processo administrativo tributário. *Revista da FESDT Porto Alegre* v. 2, n. 1, 2009, p. 14).

¹⁴ Nesse sentido, é possível citar: Celso Antônio Bandeira de Mello, Hugo de Brito Machado Segundo, Sacha Calmon Navarro Coêlho (FERREIRA, Abel Henrique. Análise da constitucionalidade e legalidade da legislação tributária no processo administrativo tributário. *Revista da FESDT Porto Alegre* v. 2, n. 1, 2009, p. 14).

questões constitucionais quando do exercício de sua função judicante, dado que tal competência seria reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, pela separação dos Poderes constitucionalmente garantida (FERREIRA, 2009, p. 19). Nesse sentido, entendem que, ao permitir que a Administração Pública deixe de aplicar as leis as quais está submetida (independentemente do pronunciamento do Judiciário), estar-se-ia atribuindo ao Executivo a faculdade de julgar as leis às quais está submetido, o que seria incabível (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 98).

Os fundamentos já estudados que remetem a essa segunda corrente são: (i) a necessidade de observância do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública, na medida que a atuação dos órgãos administrativos está limitada à previsão legal (e, na maioria das leis estaduais, por exemplo, não há esse permissionário para realizarem a análise de constitucionalidade); e (ii) o papel de autotutela desempenhado pelo processo administrativo tributário (primeira concepção), que tem como consequência a definitividade das decisões administrativas em relação à Administração Pública, de modo que a (in)constitucionalidade de uma lei não poderia ser julgada na esfera administrativa, pois a Fazenda Pública não pode questionar perante o Poder Judiciário a decisão final proferida, conforme explicado.

É justamente com base nessa *segunda* corrente que os julgadores administrativos tendem a afastar a apreciação dos argumentos de cunho constitucional suscitados pelos contribuintes, não aplicando, inclusive, os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

Não obstante, alguns doutrinadores da *segunda* corrente, inclusive, entendem que, quando há uma manifestação do STF declarando a inconstitucionalidade de leis (seja no controle difuso, seja no concentrado), é possível (e necessária) a aplicação desse entendimento pelos órgãos administrativos julgadores, em respeito ao princípio da moralidade e à harmonia entre os poderes (MACHADO SEGUNDO, 2003, p. 97).

Contudo, os órgãos administrativos de julgamento acabam presos em suas premissas, de forma que, pela falta de previsão legal para aplicar os precedentes vinculantes de Cortes Superiores, acabam por se declarar incompetentes para tanto, mantendo crédito tributário sabidamente indevido.

Posto isso, esclarece-se que o foco deste trabalho não é responder se a Administração Judicante pode ou não realizar esse controle de constitucionalidade do ponto de vista jurídico-dogmático. Na realidade, o que se passará a estudar é justamente uma forma de conciliar o interesse dos contribuintes e do Fisco, do ponto de vista *econômico*. Para isso, será proposta a aplicação dos precedentes vinculantes do STF (controle de constitucionalidade concentrado e difuso), e consequentemente do STJ, como forma de mitigar as consequências socioeconômicas de se ter um Poder Judiciário lotado de execuções fiscais estaduais inúteis, de modo a promover a eficiência da Administração Pública como um todo.

6. A aplicação dos precedentes vinculantes dos tribunais superiores como forma de promoção da eficiência da administração pública

O princípio da eficiência, positivado no art. 37, *caput*, da CF¹⁵, impõe à Administração Pública e a seus agentes a execução de suas competências de forma imparcial, participativa e eficaz, primando pela melhor adoção dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma melhor rentabilidade social. Assim, esse princípio visa firmar diretrizes, a fim de garantir que a prestação dos serviços sociais essenciais à população seja eficiente, mediante a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum (MORAES, 2023, p. 414).

Em seu estudo sobre o contencioso tributário nacional, o CNJ analisou o quantitativo de decisões *conflitantes* produzidas na esfera administrativa quanto aos posicionamentos firmados na esfera judicial pelos Tribunais Superiores. Com isso, atestou que há baixo grau de observância da instância administrativa às orientações firmadas em sede judicial pelos Tribunais Superiores, pois quase metade dos Tribunais Administrativos que responderam à pesquisa não possuem qualquer ato normativo que os vinculem às decisões judiciais do STJ e STF (CNJ, 2022b, p. 21-25).

Esses dados explicitam o potencial *retrabalho* que o Poder Público tem, pela falta de integração e cooperação entre as esferas judicantes administrativa e judicial, o que gera *ineficiências* e compromete a duração razoável do processo, afetando negativamente tanto o Fisco como os contribuintes (CNJ, 2022b, p. 22), de modo que viola o princípio da eficiência positivado na CF. Isso sem contar eventual ônus de sucumbência a que se submete a Fazenda Pública pelo simples fato de ter ignorado, quando do exercício da função judicante, os precedentes vinculantes de Tribunais Superiores.

Além disso, o CNJ também realizou pesquisa entre as Procuradorias Gerais dos Entes Federativos, buscando saber o percentual de execuções fiscais que foram efetivamente satisfeitas e extintas pelo pagamento do débito. Os resultados obtidos indicam que apenas 9% das execuções fiscais que tramitam na Justiça Comum (Federal e Estadual) são julgadas extintas pela satisfação do débito (CNJ, 2022b, p. 94).

Essa realidade, somada à demora no julgamento dos litígios tributários no Poder Judiciário e à alta litigiosidade tributária nas esferas administrativa e judiciária, traz diversos impactos socioeconômicos, tais como: (i) o congestionamento da justiça tributária, que apresenta volume excessivo de processos fiscais (especialmente execuções fiscais) aguardando julgamento, o que depreende subtração

¹⁵ CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: [...]”

de recursos financeiros do Poder Público que poderiam ser alocados em outros setores, bem como dos contribuintes, que poderiam utilizá-los em suas atividades econômicas; (ii) a morosidade do sistema judicial na resolução dos conflitos tributários, que incentiva a litigância “artificial” (feita meramente para “ganho de tempo”, sob pretensa justificativa de um suposto ganho de causa), obstruindo a efetiva realização da justiça (ABJ, 2022, p. 231-232); (iii) a ineficiência econômica das execuções fiscais à Administração Pública que, em sua maioria, pretendem satisfazer “créditos tributários podres” e acabam gerando ônus de sucumbência a ser financiado pelo Erário; e (iv) grande parte das execuções fiscais em tramitação exige valores inferiores ao custo de tramitação do próprio processo de execução, o que reforça a ineficácia das cobranças (CNJ, 2022b, p. 62), tendo em vista que os recursos das Procuradorias Estaduais são finitos, de forma que, investir tempo e recurso em execuções “podres” implica subtrair esforços no processamento de créditos tributários saudáveis.

Trazendo essa discussão acerca da (in)eficiência e (in)utilidade dos serviços jurisdicionais prestados pela Administração Pública para o âmbito da aplicação dos precedentes dos Tribunais Superiores no âmbito administrativo, Kuster (2016, p. 243) sugere que, ao deixar de observá-los, a Administração Pública estaria obtendo enriquecimento ilícito às custas dos contribuintes que optam por não seguir a discussão no âmbito Judicial e/ou pagam o débito para manter sua regularidade fiscal, sendo que bastaria a mera aplicação de tais precedentes ainda na esfera administrativa, para que esses contribuintes pudessem garantir uma efetiva “justiça tributária”.

Diante de todo esse cenário traçado, é possível observar que o contencioso tributário, do jeito que está projetado atualmente, acaba gerando *ineficiências* na prestação de serviço jurisdicional aos contribuintes (seja na esfera administrativa, seja na judicial).

Visando mitigar os impactos socioeconômicos apontados, pela expressiva presença de execuções fiscais no Poder Judiciário, este trabalho propõe como forma de promover maior eficiência à Administração Judicante a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores pelos órgãos julgadores administrativos, no âmbito dos processos administrativos tributários.

Tal proposta se justifica, na medida em que, muitas execuções fiscais que chegam ao Poder Judiciário, visam à cobrança e créditos ilegais e/ou inconstitucionais, segundo entendimentos vinculantes do STJ e STF, proferidos em recursos repetitivos e repercussão geral, respectivamente – de modo que, a mera observância dessas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores evitaria o contencioso tributário judicial.

Tanto é assim que, a título de exemplo, pelo cruzamento da (i) análise das legislações estaduais do Estado de São Paulo e do Estado do Pará com (ii) o número de execuções fiscais pendentes de julgamento, respectivamente, em cada um

desses Entes – é possível perceber que, quanto maior a abrangência da previsão legal acerca da observância das decisões judiciais, menor o percentual de execuções fiscais no Judiciário. É o que se passa a estudar.

7. Breve análise das legislações estaduais

A análise das referidas legislações estaduais pressupõe compreender que os principais argumentos utilizados pelos tribunais administrativos para negar a aplicação aos referidos precedentes são: (i) a falta de previsão legal específica sobre a análise de constitucionalidade na esfera administrativa (incluindo a aplicação das análises já feitas pelo STJ e STF, no âmbito dos recursos repetitivos e em repercussão geral, respectivamente), bem como, (ii) a falta de previsão legal e/ou constitucional da vinculação obrigatória dos julgadores administrativos aos precedentes dos Tribunais Superiores.

Em análise dos possíveis fatores que contribuem para a existência de um grande número de execuções fiscais pendentes de julgamento no Poder Judiciário, o CNJ estudou a correlação entre a excessiva litigiosidade tributária no Brasil e a estrutura do Processo Tributário (administrativo e judicial), associada à arquitetura institucional do contencioso tributário e ao modelo de federalismo fiscal, o qual confere autonomia legislativa aos entes federados, em matéria substantiva e processual (CNJ, 2022b, p. 26).

Primeiramente, foi questionado aos entes federativos se seus órgãos possuíam ato normativo que vinculasse seus servidores a decisões judiciais proferidas por Tribunais Superiores (para além da determinação constitucional à observância das súmulas vinculantes¹⁶ e decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em ADI e ADC¹⁷). Dos que responderam, 41% não possuem atos normativos que os vinculam às orientações judiciais (CNJ, 2022b, p. 23-24). Sendo que, ao que interessa o presente trabalho, na esfera estadual, metade dos Estados que responderam ao questionamento não regulamentam essa observância às decisões judiciais dos Tribunais Superiores.

Após, foi analisado o percentual de decisões judiciais que confirma ou que modifica a decisão do contencioso administrativo, chegando-se à conclusão de que 48,2% das decisões judiciais modificam o resultado definido administrativa-

¹⁶ CF: “Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

¹⁷ CF: “Artigo 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

mente (CNJ, 2022b, p. 26). Isso se deve, dentre outros fatores, ao fato de que (i) em muitos Estados, a legislação estadual veda qualquer tipo de análise quanto à (in)constitucionalidade de cobrança tributária no contencioso administrativo, estando os órgãos julgadores restritos à análise de legalidade e direcionados pelo princípio da verdade material; somado ao fato de que (ii) grande parte dos órgãos julgadores administrativos não aplicam os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores, em razão da imprevisão legislativa. Essa disparidade das previsões legislativas entre os Entes federativos contribui para que demandas tributárias (em especial, execuções fiscais fadadas ao insucesso) cheguem ao Judiciário (CNJ, 2022b, p. 29).

Em suma, foram quatro grandes conclusões que o CNJ chegou, com relação à referida hipótese de estudo: (i) apesar de alguns Entes federativos terem normas que os vinculem às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, muitos ainda sequer se enquadram na vinculação obrigatória dos arts. 102, § 2º e 103-A da CF; (ii) há expressivo percentual de modificação das decisões administrativas na primeira instância judicial (48,2%), em contraposição a um baixo percentual de reforma entre as decisões de primeira e segundas instâncias administrativas (7%); (iii) não há convênios de cooperação e/ou intercâmbio de informações entre os Tribunais do Poder Judiciário e os Tribunais Administrativos; e (iv) a interpretação e construção de conceitos constitucionais pelo Poder Judiciário (como renda, serviços, mercadorias, propriedade, por exemplo), decorrentes da rígida repartição de competências tributárias, tem potencialidade de geração de contencioso tributário, restrito a cada ente federativo (CNJ, 2022b, p. 32).

Diante desse cenário, no que se refere ao escopo deste trabalho, é possível perceber que as conclusões do CNJ têm certa relação com a aplicação/não aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores, cada uma em sua medida. Dessa forma, tendo em vista que a falta de previsão legal sobre o tema é um dos principais argumentos utilizados pelos Tribunais Administrativos para afastar a aplicação desses entendimentos vinculantes do STJ e STF, passa-se à análise legislativa sobre o assunto.

Para isso, selecionou-se, a título exemplificativo, as leis do Estado de São Paulo e do Estado do Pará – principalmente, no que tange à previsão legal sobre a (i) a análise da (in)constitucionalidade das leis pelos órgãos julgadores administrativos, bem como (ii) a aplicação dos precedentes (vinculantes/não vinculantes à administração pública) do STJ e STF.

A legislação de São Paulo, apesar de vedar a análise de constitucionalidade pelo órgão administrativo, prevê que devem ser aplicadas as decisões do STF proferidas nas *ações diretas de inconstitucionalidade e/ou nas decisões incidentais*, desde que o Senado Federal tenha suspendido a execução da referida lei. Tal previsão nada mais faz, do que ratificar a vinculação obrigatória da Administração Pública, prevista nos arts. 102, § 2º e 103-A da CF.

Com base no art. 28 da Lei n. 13.457, de 18 de março de 2009¹⁸, o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo entende que as decisões do STJ e STF proferidas no âmbito dos recursos repetitivos e em repercussão geral, respectivamente, *não vinculam* os órgãos administrativos, de modo que, na grande maioria dos casos, afastam a aplicação dos entendimentos vinculantes firmados pelos Tribunais Superiores¹⁹. No Estado de São Paulo, as execuções fiscais pendentes de julgamento no Poder Judiciário representavam, em 2021, 57% dos processos em trâmite (CNJ, 2022a, p. 170-175).

Já a legislação do Estado do Pará prevê que o pedido do contribuinte será *indefrido* quando este questionar a constitucionalidade ou a validade da legislação tributária (isto é, veda a análise de constitucionalidade pelo órgão administrativo), *a não ser que* seja invocado precedentes dos Tribunais Superiores desfavoráveis à Fazenda Pública, proferidos em sede de (i) controle concentrado de constitucionalidade pelo STF; (ii) recursos repetitivos (STJ); (iii) repercussão geral (STF); (iv) IRDR; (v) súmulas do STJ e STF – inclusive, súmulas locais do Tribunal de Justiça do Pará. Com base no art. 26, inciso III, e no art. 42, § 3º, ambos da Lei n. 6.182, de 30 de dezembro de 1998²⁰, os julgadores administrativos estão autorizados, portanto, a aplicarem os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

¹⁸ Lei n. 13.457, de 18 de março de 2009: Dispõe sobre o processo administrativo tributário, decorrente de lançamento de ofício e dá outras providências: “Artigo 28. No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: I – em ação direta de inconstitucionalidade; II – por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspendido a execução do ato normativo.”

¹⁹ Nesse sentido: TIT, Câmara Superior, Recurso Especial, AIIM n. 4111893-5, publicado em 19.04.2022.

²⁰ Lei n. 6.182, de 30 de dezembro de 1998: “Art. 26. A impugnação será indeferida quando: [...] III – o pedido questionar a constitucionalidade ou a validade da legislação tributária, a não ser que invocado precedente desfavorável à Fazenda Pública firmado, em ao menos uma das hipóteses abaixo: a) decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade; b) decisão definitiva de mérito proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou por Seção ou Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos; c) súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria; d) incidentes de resolução de demanda repetitiva; e) súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sobre direito local.”

“Art. 42. [...] § 3º Os Conselheiros deverão observar os precedentes judiciais firmados em: I – decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade; II – decisão definitiva de mérito proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou por Seção ou Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos; III – súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria; IV – incidentes de resolução de demanda repetitiva; V – súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sobre direito local.”

No Estado do Pará, as execuções fiscais representavam 26% dos processos pendentes de julgamento no Judiciário, no ano de 2021 (CNJ, 2022a, p. 170-175). Com isso, observa-se que o Estado de São Paulo (que não tem qualquer previsão legal para aplicabilidade dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores) tem mais que o dobro de execuções fiscais pendentes, em comparação ao Estado do Pará – o que pode ser considerado indicativo da maior eficiência que a aplicação dos entendimentos vinculantes do STJ e STF traz à Administração Pública.

Inclusive, no Relatório Final da Comissão de Juristas – responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que dinamizem, unifiquem e modernizem o processo administrativo e tributário nacional, instituída pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do STF n. 01/2022 – há a menção de alguns anteprojetos de lei²¹ que preveem a determinação para que os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores não somente sejam aplicados pelos órgãos administrativos julgadores, como também, passem a ser vinculantes obrigatoriamente, à Administração Pública.

Na exposição de motivos desses anteprojetos, a justificativa para essa proposta é justamente maximizar a celeridade, imparcialidade, transparência, previsibilidade e eficiência dos processos administrativos tributários, de modo que sirvam de verdadeiro instrumento para a redução do contencioso tributário judicial (BRASIL, 2022, p. 6, 8, 40, 184).

Diante de todo o exposto, é possível chegar à conclusão de que a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores promove maior eficiência da Administração Pública, do ponto de vista de L&E, tendo em vista que, dentre diversos efeitos, potencializa o papel de *filtro* de demandas judiciais que o processo administrativo possui.

8. Considerações finais

Diante de tudo o que foi estudado, tem-se que as execuções fiscais ocupam grande percentual dos processos pendentes de julgamento na Justiça Estadual. Alguns dos principais motivos para isso são: (i) a (im)possibilidade de análise de constitucionalidade no contencioso administrativo e (ii) a falta de aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores (em razão da falta de previsão legislativa).

Assim, este trabalho se valeu de instrumentos e conceitos de *law and economics*, para estudar o papel do processo administrativo tributário (a partir da apli-

²¹ Nesse sentido: (i) Anteprojeto de lei ordinária para a reforma da Lei n. 9.784/1999 (BRASIL, 2022, p. 6-32); (ii) Anteprojeto de lei complementar sobre normas gerais de prevenção de litígios, consensualidade e processo administrativo em matéria tributária (BRASIL, 2022, p. 36-52); e (iii) Anteprojeto de lei de Código de Defesa dos Contribuintes (BRASIL, 2022, p. 143-236).

cação do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública), de maneira a analisar a eficiência e utilidade deste instrumento, especialmente no que se refere a sua função de filtro de demandas tributárias (execuções fiscais) perante o Poder Judiciário, ante os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores.

Para isso, a partir da análise da função judicante do Poder Executivo, chegou-se ao dilema doutrinário *jurídico* a respeito da (im)possibilidade de os órgãos administrativos julgadores realizarem o controle de constitucionalidade, o que levou ao enfoque deste trabalho: chegar no “meio do caminho”, isto é, apresentar uma forma de assegurar ao contribuinte amplo direito de defesa administrativa, ao mesmo tempo que se respeita o papel de autotutela do processo administrativo tributário, de modo a evitar a judicialização de demandas que podem ser resolvidas ainda no âmbito administrativo.

Dessa forma, sob o ponto de vista de *law and economics*, é possível concluir que a aplicação dos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores pelos órgãos julgadores administrativos, como forma de controle de legalidade e constitucionalidade, é medida que aumenta a eficiência da Administração Pública (como um todo), tendo em vista que é uma forma de (i) mitigar o excessivo número de execuções fiscais que chegam ao Poder Judiciário (muitas vezes, com baixa chance de êxito); (ii) potencializar o papel de filtro de demandas judiciais que o processo administrativo tributário possui; (iii) garantir maior grau de ampla defesa aos contribuintes na esfera administrativa;; (iv) evitar gastos desnecessários do Erário com honorários sucumbenciais nas execuções fiscais que pretendem satisfazer “créditos tributários podres”; e (v) aumentar a cooperação e/ou intercâmbio de informações entre os Tribunais do Poder Judiciário e os Tribunais Administrativos.

Referências

- ABJ. *Diagnóstico do contencioso tributário nacional*. Coordenação André Assumpção, Dayana Uhdre, Gisele Bossa, Julio Trecenti, Marcelo Guedes Nunes. São Paulo, 2022.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo* v. 236, 2004, p. 51-64.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em: 21 out. 2023.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional, dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm/. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. Senado Federal; STF. Relatório Final: que inclui um breve relatório e os anteprojetos de lei, acompanhados das exposições de motivos das propostas em questão. Brasília: Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que dinamizem, unifiquem e modernizem o processo administrativo e tributário nacional, instituída pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do STF n. 01/2022, 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/67b9102d-cab7-48f6-9c52-c6ebf581665f/>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. STF. ADI n. 3.689/PA. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2369194>. Acesso em: 21 out. 2023.

CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. *Revista da FESDT* n. 3. Porto Alegre, 2009, p. 185-205.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

CAVALCANTI, Eduardo Muniz M. *Processo tributário: administrativo e judicial*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2022. E-book. ISBN 9786559645916. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645916>. Acesso em: 09 out. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2022*. Brasília: CNJ, 2022a.

CNJ. Sistematização do diagnóstico do contencioso tributário nacional: contencioso judicial tributário. Coordenação Marcus Lívio Gomes, Tricia Navarro Xavier Cabral e Eduardo Sousa Pacheco Cruz Silva. Brasília: CNJ, 2022b.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. USA, 2011.

FERREIRA, Abel Henrique. Análise da constitucionalidade e legalidade da legislação tributária no processo administrativo tributário. *Revista da FESDT Porto Alegre* v. 2, n. 1, 2009, p. 7-45.

FREITAS, Liz Bittencourt Amado de. A necessidade de processo administrativo fiscal prévio ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes. *Revista Direito Tributário Atual* V. 44. São Paulo: IBDT, 2020, p. 250-278.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law. Handbook of public economics*. Elsevier, 2002, p. 1661-1784.

KUNZLER, Ivo José. Os tribunais administrativos tributários no Brasil: a República, o Estado Democrático de Direito e a inconstitucionalidade do processo administrativo fiscal tributário frente aos princípios constitucionais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 129, 2016, p. 289-317.

KUSTER, Roberto Baumgarten. O controle de constitucionalidade desempenhado pela Administração Pública no processo administrativo fiscal: (im)possibi-

- lidade de exercício. *Revista Digital de Direito Administrativo* v. 3, n. 1, 2016, p. 235-253.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, 2003, p. 91-99.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620735. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>. Acesso em: 14 set. 2023.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Princípio da legalidade tributária. In: ADEODATO; BRANDÃO; CAVALCANTI (coord.). *Princípio da legalidade – da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-5600-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/>. Acesso em: 15 set. 2023.
- MINATEL, José Antônio. Dupla instância, formação paritária e avocatória no processo administrativo tributário. In: ROCHA (coord.). *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 4.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. Barueri, SP: Grupo Gen, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 19 out. 2023.
- MOROSKY FILHO, Julio Cesar. Processo administrativo: valioso canal para redução de litigiosidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-03/processo-tributario-processo-administrativo-canal-reducao-litigiosidade/>. Acesso em: 2 out. 2023.
- O ESTADO DE SÃO PAULO. Enxugando gelo tributário. Editorial Estadão. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/amp/opiniao/enxugando-gelo-tributario/>. Acesso em: 8 out. 2023.
- PARÁ (Estado). Lei n. 6.182, de 30 de dezembro de 1998 (com as alterações da Lei n. 8.869/2019, efeitos a partir de 15 de setembro de 2019). Dispõe sobre os Procedimentos Administrativo-tributários do Estado do Pará e dá outras providências. Disponível em: [http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei_lp1998_06182.pdf/](http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei_lp1998_06182.pdf). Acesso em: 20 out. 2023.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 14 set. 2023.
- ROCHA, Sergio A. *Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. Grupo Almedina (Portugal), 2018. E-book. ISBN 9788584934355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934355/>. Acesso em: 30 set. 2023.

- ROTHMANN, Gerd W. O princípio da legalidade tributária. *Revista da Faculdade de Direito* v. 67. Universidade de São Paulo, 1972, p. 231-268.
- SÃO PAULO (Estado). Lei n. 13.457, de 18 de março de 2009. Dispõe sobre o processo administrativo tributário, decorrente de lançamento de ofício e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13457-18.03.2009.html/>. Acesso em: 20 out. 2023.
- SÃO PAULO. TIT (Câmara Superior). Recurso Especial, AIIM n. 4111893-5. Recorrente: Construdecor S.A. Recorrido: Fazenda Pública. Relatora Conselheira Cacilda Peixoto. Publicado no Diário Eletrônico, edição n. 2.631, de 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.fazenda.sp.gov.br/DiarioEletronico/Modelo.aspx?codigoDE=52821&aiim=4111893/>. Acesso em: 17 out. 2023.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. 1. ed. Foundation Press, USA, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A Base de Cálculo do IPTU da Décima Urbana de 1808 até a EC n. 132/2023: uma Análise Histórica à Luz da Legalidade e da Isonomia

The Tax Base for Urban Property Tax (IPTU) from the 1808 “Décima Urbana” to Constitutional Amendment No. 132/2023: a Historical Analysis in Light of Legality and Equality

André Borges Coelho

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela USP. Advogado em São Paulo e em João Pessoa.

Procurador do Município de João Pessoa e ex-Procurador do Estado de Sergipe.

Ex-Pesquisador e Associado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

E-mail: andreborgescoelho@gmail.com.

Recebido em: 21-5-2025 – Aprovado em: 22-7-2025

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.3.2025.2771>

Resumo

O presente artigo se dedica a analisar a inovação introduzida pela Emenda Constitucional n. 132/2023, que alterou o regime jurídico do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) no que concerne à atualização de sua base de cálculo. A partir de uma perspectiva histórico-evolutiva, que remonta à instituição da décima urbana em 1808 e percorre as diversas fases da legislação tributária brasileira, o estudo demonstra como a prática de fixação da base de cálculo concreta por ato normativo geral, inicialmente concebida como um instrumento de viabilização da arrecadação, consolidou-se ao longo do tempo, gerando, contudo, distorções significativas. Sob a óptica da legalidade e da isonomia, discutem-se as implicações das possibilidades disponíveis. Argumenta-se que a nova redação do art. 156, § 1º, III, da Constituição Federal, ao permitir a atualização da base de cálculo pelo Executivo, não apenas não atenta contra a legalidade, mas também promove a igualdade entre os contribuintes e corrige um equívoco histórico de interpretação jurisprudencial.

Palavras-chave: IPTU, base de cálculo, legalidade tributária, isonomia.

Abstract

This article analyzes the innovation introduced by Constitutional Amendment No. 132/2023, which modified the legal framework of the Urban Building and Land Tax (IPTU) regarding the update of its tax base. From a historical-evolutionary perspective – tracing back to the institution of the *décima urbana* in 1808 and following various phases of Brazilian tax legislation – the

study demonstrates how the practice of determining the concrete tax base through general normative acts, initially conceived as a tool to facilitate tax collection, gradually consolidated while generating significant distortions. From the standpoint of legality and equality, the implications of the available mechanisms are discussed. The article argues that the new wording of Article 156, § 1, III of the Federal Constitution, by allowing the Executive to update the tax base, not only complies with the principle of legality but also promotes taxpayer equality and rectifies a historical jurisprudential misinterpretation.

Keywords: urban property tax, tax base, tax legality, tax equality.

1. Introdução

A Emenda Constitucional n. 132/2023, um dos marcos da Reforma Tributária do Consumo, introduziu uma alteração de grande relevância no regime jurídico do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). O art. 156, § 1º, III, da Constituição Federal, passou a prever, de forma expressa, a possibilidade de o Poder Executivo atualizar a base de cálculo do imposto, desde que essa atualização se dê em conformidade com os critérios estabelecidos em lei municipal.

Essa introdução normativa reacende um debate que se estende por décadas no cenário jurídico-tributário brasileiro: a questão dos limites da legalidade tributária na definição da base de cálculo do IPTU.

Este artigo se propõe a analisá-la sob uma perspectiva multifacetada, que parte da análise histórica, mas que a submete a juízo de compatibilidade com as normas sobranceiras de então e de hoje para se responder precisamente à indagação do papel da lei municipal na previsão da base de cálculo do IPTU.

Como se demonstrará, a prática de fixação concreta da base de cálculo em ato normativo geral, que inicialmente se justificava por razões de praticabilidade, acabou se consolidando e passando ao nível legal, mas não decorria de exigência constitucional, apesar da aparente orientação que tomou a jurisprudência mais tarde.

No percurso analítico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) será examinada criticamente, bem como o serão as possíveis implicações da nova redação do art. 156, § 1º, III, da CF.

Quer-se responder ao fim do artigo às seguintes indagações que se interrelacionam: (i) se a base de cálculo dos tributos deve constar em lei, em que consiste exatamente a base de cálculo do IPTU e quais são os elementos mínimos para considerá-la prevista em lei; (ii) se o valor concreto de cada imóvel ou de seus componentes não se confundir com a base de cálculo, há necessidade de sua previsão em lei ou em Decreto, ou é possível avaliar em cada caso concreto?; (iii) há possibilidade de alteração infralegal de valor de imóvel ou de seus componentes em relação a anos anteriores; em caso afirmativo, por que vias?; (iv) há espaço para alteração infralegal de parâmetros de cálculo do IPTU?

2. Problema atual e origens da base de cálculo do IPTU

2.1. O problema atual: a rigidez da base de cálculo fixada em lei e suas consequências

A jurisprudência do STF e do STJ, ao longo de décadas, consolidou um entendimento que, a pretexto de resguardar o princípio da legalidade tributária, acabou por gerar um engessamento da base de cálculo do IPTU, não apenas no nível dos parâmetros de cálculo, mas no valor mesmo do imóvel ou de seus componentes.

Essa interpretação exige à primeira vista que a base de cálculo do imposto seja fixada em lei de maneira concreta, que chegue ao ponto de fixar o valor do metro quadrado de terreno e de construção, ainda que com variações pelas regiões da cidade e pelos padrões construtivos. Estabelecido o valor em lei, admite-se, por veículo infralegal, apenas a atualização monetária, nos termos do art. 97, § 2º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Resume-o bem a tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (tema 211), no sentido de que: “A majoração do valor venal dos imóveis para efeito da cobrança de IPTU não prescinde da edição de lei em sentido formal, exigência que somente se pode afastar quando a atualização não excede os índices inflacionários anuais de correção monetária”¹. Também o afirma há muito o enunciado n. 160 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*: “é defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”.

Como se nota, comprehende-se aparentemente que o valor venal dos imóveis, em concreto, deve estar previsto em lei em sentido formal e que qualquer alteração deste valor venal importa em *aumento da base de cálculo do tributo*. Assim, em lugar de admitir que a lei simplesmente preveja como base de cálculo abstratamente o valor do imóvel, impõe-se que a própria lei fixe parâmetros que, por meras operações aritméticas, permita determinar o valor, afastando-se, pois, avaliação que seja de mercado.

Transportada para outros impostos, este entendimento equivaleria a exigir que a lei preestabelecesse, por exemplo, a renda de cada contribuinte para fins de imposto de renda, ou o valor de cada operação para fins de impostos sobre vendas, como o ICMS e o ISS. Ou que a lei estadual tivesse de também conter definição do valor de cada imóvel que fosse objeto de herança ou doação.

Tal exigência, esvaziaria substancialmente o conceito de lançamento tributário, previsto no art. 142 do CTN, que, por definição, inclui o cálculo do valor do tributo devido, com base na legislação aplicável e nos dados fáticos de cada caso concreto como abaixo se aprofunda.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 648.245 MG, Rel. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 01.08.2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24.02.2014.

A rigidez da base de cálculo fixada em lei, decorrente dessa interpretação jurisprudencial, gera, na prática, dois problemas principais, que se inter-relacionam.

O primeiro deles é a potencial defasagem em relação ao valor de mercado dos imóveis. O mercado imobiliário é dinâmico e sujeito a flutuações constantes. Os valores dos imóveis variam ao longo do tempo, em função de diversos fatores, como a localização, a infraestrutura urbana, as condições econômicas e as tendências do mercado. A fixação de valores concretos em lei tende a se desvincular do mercado com o passar do tempo. Imóveis que se valorizaram significativamente acabam sendo tributados com base em valores muito inferiores aos seus valores reais de mercado, enquanto imóveis que se desvalorizaram podem ser tributados com base em valores superiores aos seus valores atuais.

O segundo deles é uma possível (e bastante provável) desigualdade entre contribuintes. A valorização imobiliária raramente é um fenômeno uniforme em toda a cidade. Diferentes bairros e regiões podem apresentar taxas de valorização muito distintas entre si, em função de suas características específicas e das dinâmicas urbanas. A fixação de valores em lei, por meio de uma Planta Genérica de Valores (PGV) que não acompanha essa heterogeneidade, pode levar a situações em que imóveis em áreas mais valorizadas no tempo paguem proporcionalmente menos imposto do que imóveis em áreas menos valorizadas, ou até mesmo desvalorizadas. Essa situação configura uma clara violação do princípio da isonomia tributária, que exige que contribuintes em situações equivalentes sejam tratados de forma igualitária, como abaixo se discute.

Embora a solidez da orientação jurisprudencial atual leve a crer que sempre foi assim, uma rápida passagem pelos 200 anos de história do IPTU demonstra o contrário e revela, inclusive, que a aparente firmeza jurisprudencial não é verdadeira, porquanto não se tenha fixado precisamente o conteúdo necessário da lei municipal, no que tange à base de cálculo do IPTU.

2.2. A história da base de cálculo do IPTU: da décima urbana à PGV

Para compreender a fundo o problema atual da base de cálculo do IPTU, é fundamental analisar a sua trajetória histórica, desde as suas origens até a consolidação da prática de fixação da base de cálculo concreta em lei.

O IPTU, em sua forma embrionária, surgiu no Brasil com a instituição da décima urbana, em 1808, por meio do Alvará de 27 de junho, com o objetivo de financiar a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, embora tivesse origens mais remotas já no fim do século XVIII². Ela incidia sobre o valor locativo dos prédios urbanos, estimado em 10% do aluguel efetivo ou presumido (no caso de imóveis próprios ou vazios, dito arbitrado³).

² BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 243.

³ MARANINCHI, Fernando Castro da Silva. *O elemento material e a sujeição passiva do IPTU*. Disser-

Tratava-se, portanto, de uma base de cálculo intrinsecamente vinculada ao mercado, que acompanhava, de forma próxima, as variações dos valores dos imóveis. Se a base de cálculo correspondia a 10% do aluguel anual e se o preço do aluguel é ligado ao valor do imóvel, tinha-se, ao fim e ao cabo, um percentual (bastante menor que os 10% naturalmente) sobre o valor do imóvel.

Portanto, tinha-se uma base de cálculo de mercado e naturalmente alterável com o tempo de acordo com os padrões de mercado.

Antes do período republicano, consolidou as normas anteriores o Decreto n. 7.051, de 18 de outubro de 1878, cujo art. 3º previu: “Art. 3º O imposto é proporcional ao valor locativo, seja qual fôr a denominação, a fórmula, o uso e a matéria da construção e coberta do predio. Comprehende-se no valor locativo o do terreno annexo”.

A Constituição Republicana de 1891 previu a competência dos Estados para o imposto (art. 9º).

Já a Constituição de 1934, em seu art. 13 outorgou aos Municípios a exação, constitucionalizando como base de cálculo o valor locativo, apesar da nomenclatura de imposto patrimonial. O preceito refletia a tradição da décima urbana e mantinha a vinculação da base de cálculo ao mercado.

A partir da Constituição de 1946, a base de cálculo do IPTU deixou de ser expressamente mencionada no texto constitucional, constando apenas a competência municipal para instituir o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 29, I). Essa omissão abriu espaço para que os Municípios, no exercício de sua competência legislativa, definissem a base de cálculo do imposto, agora não mais necessariamente ligado a um percentual de renda efetiva (aluguel) ou presumida de uso próprio de imóvel.

Se até 1946 o parâmetro eram os aluguéis (tributava-se a propriedade imobiliária através da renda gerada pelo imóvel), a partir de então abriu-se a possibilidade de empregar o próprio valor do imóvel como base legal.

Tanto é assim que, desde 1946, a legislação municipal de São Paulo (Decreto n. 1.436, de 27 de setembro de 1951⁴) passou a prever um arbitramento individual para os imóveis sitos na cidade. Em outros termos, cada imóvel era individualmente avaliado pelo Fisco, de acordo com seu valor de mercado. Portanto, seguindo a tradição de mercado da décima urbana, a base de cálculo seguia estreitamente atrelada ao valor corrente do bem.

tação de Mestrado (UCAM). Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037859.pdf>. Acesso em: 06 set. 2025.

⁴ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto n. 1.436, de 27 de setembro de 1951. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-1436-de-27-de-setembro-de-1951>. Acesso em: 13 maio 2025.

O preceito em questão já previa, contudo, limites para reavaliação dos imóveis com relação a anos anteriores (25% a mais do que no ano anterior). Este teto foi excetuado apenas caso a avaliação fosse feita com base em planta genérica de valores (PGV) que estabelecesse valores médios para cada setor da cidade (Lei Municipal de São Paulo n. 4.160, de 27 de dezembro de 1951).

É dizer: a partir de 1946, os imóveis eram avaliados individualmente, mas havia limitações de variação anual dos lançamentos, que apenas podiam ser superadas com base em PGV.

Como se nota, a PGV surgiu como um instrumento de praticabilidade, para superar a necessidade e a crescente complexidade de avaliar individualmente cada imóvel diante do tamanho das cidades e das vicissitudes do mercado⁵. Optava-se, assim, por fixar na PGV valores que abrangessem áreas inteiras da cidade, para substituir o hercúleo trabalho de avaliação individual. Destaque-se que a primeira PGV do País, a da capital paulista, nem sequer constou de lei em sentido formal, mas veio anexada ao Decreto Municipal n. 2.066, de 27 de dezembro de 1952⁶.

Embora o tema fosse certamente discutido, pelo menos até 1975 não se localizou qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário, havendo, inclusive, arestos que expressamente chancelavam a possibilidade de, por atos infralegais, avaliar os imóveis e revisar periodicamente esta avaliação, respeitando a tradição sesquicentenária: “Imposto Predial e Territorial Urbano (I.P.T.U.). Base de cálculo. Lei municipal que dispõe sobre a reavaliação periódica do valor venal do imóvel. Contrariedade à Constituição não reconhecida. Autorização orçamentária no regime da Carta de 1967. Dispensa. II. Recurso extraordinário não conhecido, com aplicação também da Súmula 285.” (RE n. 80.561, Rel. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 22.08.1975, DJ 26.09.1975, p. 06897, ement vol. 00998-02, p.00458, RTJ vol. 00078-03, p. 00886)⁷

Portanto, como se nota, no início da era da PGV, nem sequer havia fixação de valores de imóveis em lei, apenas remissão legal à avaliação de imóveis em PGV por ato infralegal como modo de racionalizar a atividade de avaliação dos imóveis, essencial ao lançamento do imposto. Este proceder contou com a chancela

⁵ MORAIS, Antônio de. Parecer: Impôsto territorial urbano – valor básico – natureza e interpretação das leis tributárias. *Revista de Direito Administrativo* ano 45, 1956, p. 571-577.

⁶ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto Municipal n. 2.066, de 27 de dezembro de 1952. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/sao-paulo/decreto/1952/207/2066/decreto-n-2066-1952-aprova-para-efeitos-fiscais-inclusive-os-previstos-no-art-2-da-lei-4160-de-27-de-dezembro-de-1951-as-plantas-genericas-de-valores-de-terrenos-situados-nas-zonas-urbana-e-suburbana-do-municipio>. Acesso em: 10 maio 2025.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.561. Rel. Thompson Flores. Segunda Turma. Julgado em 22 de agosto de 1975. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 set. 1975, p. 6897. Ementário, v. 998, n. 2, p. 458. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 78, n. 3, p. 886.

jurisprudencial, bem como com o apoio de nomes de peso da doutrina tributária da época.

Com efeito, segundo Aliomar Baleeiro, não contrariava o CTN elaborar tabelas periodicamente ajustadas segundo dados relativos à localização, existência de serviços públicos, possibilidades de comércio e outros critérios razoáveis em cada área da zona urbana⁸. Na mesma direção, era permissível para avaliação administrativa, conforme Bernardo Ribeiro de Moraes, a elaboração de tabela ou planta de valores periodicamente ajustáveis com preços de terrenos e construções⁹.

A grande (aparente) quebra desta primeva orientação adviria da Suprema Corte, cujo Plenário, em 1979, esposaria a posição de que, para haver aumento do valor dos imóveis acima da inflação, era necessário previsão legal:

“Ementa – Imposto predial. Alteração do valor venal do imóvel mediante Decreto. § 2º do artigo 97 do Código Tributário Nacional diz respeito, somente, à correção monetária do valor venal do imóvel (base de cálculo do imposto predial), não alcançando a reavaliação mesma (reavaliação econômica) desse valor venal. – Para se atribuir outro valor venal ao imóvel, que não o decorrente do anterior mais a correção monetária, mister lei, não bastando, para isso, simples decreto. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 87.763/PI, julgado em 7 de junho de 1979 pelo Tribunal Pleno)¹⁰

Apesar da afirmação de que o aumento do valor venal superior à correção monetária reclamaria lei, é de suma importância ressaltar essencial peculiaridade do caso do qual se originou esta *ratio decidendi*.

Com efeito, no Município de Parnaíba, Piauí, de onde se originou o mandado de segurança na origem, o valor do metro quadrado e das construções havia sido efetivamente estabelecido por lei; e a própria lei, por razão de paralelismo, previa a submissão de alterações ao Legislativo. Não bastasse isso: o Executivo teve projeto de aumento dos valores previstos em lei rejeitado pela Câmara Municipal.

Assim, diferentemente do que havia inicialmente em São Paulo, os legisladores de Parnaíba haviam optado por legalizar a PGV infralegal criada em São Paulo naquela ordem jurídica particular.

Como se nota, o Ministro Relator partiu da base de cálculo empregada pelo legislador local:

“Que é modificação de base de cálculo do tributo que importe em torná-lo mais oneroso? A meu ver, em se tratando de impostos como o predial – que é

⁸ BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 148.

⁹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Curso de direito tributário*. 1. ed. São Paulo: RT, 1973. v. I, p. 418-419.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 87.763/PI. Tribunal Pleno. Julgado em 7 de junho de 1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181668>. Acesso em: 10 maio 2025.

o que interessa, no caso –, é a alteração relativa aos elementos que a lei emprega para determinar o valor venal do imóvel, que é a base de cálculo desse tributo. Assim, na espécie sob julgamento, unidade (m²) vezes valor (tanto por cada m²). Qualquer modificação, quer na unidade, quer no seu valor (por critério outro que não o da simples correção monetária), a qual implique aumento de imposto, é vedada pelo § 2º do artigo 97 do CTN.”¹¹

Contudo, em julgados posteriores nos quais a base de cálculo concreta (valor do metro quadro por setores da cidade e das construções) não figurava em lei, mas meramente em regulamento, não se observou a distinção e decidiu-se, ainda assim, que o aumento dependia de lei, apesar do fato de que o estabelecimento do valor primevo não se dera por lei¹².

Esta visão se consolidou, embora não resistisse a uma primeira evidente objeção de que simplesmente não haveria sentido em exigir alteração do valor venal por lei se não se impunha a própria fixação inicial dos valores venais por este veículo normativo. Isto chegou a ser reconhecido pela Corte alguns anos depois do precedente de 1979, como se depreende do seguinte aresto:

“Imposto predial. Base de cálculo. Valor venal (majoração). Regulamento. Princípio da anualidade. – a fixação do valor venal pela administração segundo critérios postos em norma regulamentar, sob os parâmetros de lei precedente, a que se visa dar execução, não envolve alteração ou inovação da base de cálculo a comprometer o princípio constitucional da anterioridade da lei tributaria. recurso extraordinário conhecido e provido.”¹³

Pouco depois, em 1985, admitiu-se expressamente a possibilidade de delegação ao Decreto da fixação originária dos valores concretos dos imóveis:

“Imposto predial. Aumento que se fundou em lei vigente e entrou em vigor simultaneamente a nova lei municipal. Inocorrência de violação do artigo 97, par. 1., do Código Tributário Nacional. Dissídio jurisprudencial indemonstrado, diversas as hipóteses em confronto. Recurso extraordinário não conhecido.”¹⁴

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 87.763/PI. Tribunal Pleno. Julgado em 7 de junho de 1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181668>. Acesso em: 10 maio 2025.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 92.804. Rel. Cordeiro Guerra. Tribunal Pleno. Julgado em 9 de outubro de 1980. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 nov. 1980, p. 10103. *Ementário*, v. 1194, n. 5, p. 1120. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 96, n. 3, p. 908.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 95.973. Rel. Rafael Mayer. Primeira Turma. Julgado em 11 de maio de 1982. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 jun. 1982, p. 5462. *Ementário*, v. 1257, n. 2, p. 456. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 102, n. 1, p. 436.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 107.646. Rel. Oscar Corrêa. Primeira Turma. Julgado em 13 de dezembro de 1985. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 fev. 1986, p. 1717. *Ementário*, v. 1408, n. 2, p. 308.

A tergiversação da primeira metade dos anos 1980, contudo, não durou. Em 1986, já se decidiu novamente que não podia o Decreto fixar os referidos valores e nem aumentá-los por índice superior ao inflacionário:

“– Imposto Predial e Territorial Urbano. Mesmo depois da alteração do art. 170 do Código Tributário Municipal de Belo Horizonte, pela Lei n. 3.681-83, persiste a ilegitimidade da majoração do valor venal do imóvel, mediante ato do Poder Executivo, em montante superior ao apurado com aplicação do índice de correção monetária. Recurso extraordinário provido.”¹⁵

Haveria um abrandamento em relação à mesma Lei de Belo Horizonte, primeiramente pela Primeira Turma e em seguida pelo Plenário, tendo a Suprema Corte passado a fazer a distinção entre a planta genérica que estabelece critérios para o cálculo de valor em concreto e a que estabelece o valor de cada imóvel, podendo apenas esta última ser veiculada por Decreto:

“IPTU. Majoração do imposto. Lei 3.681/83, do Município de Belo Horizonte. Planta genérica de valores. A planta genérica de valores, decorrente da Lei municipal 3.681/83 e de sua regulamentação (Decreto 4.626/83), representa a identificação dos valores de cada imóvel, em concreto, à vista dos parâmetros da lei, como exato procedimento preliminar do lançamento do tributo. *Nada tem de identidade conceitual com aquela ‘planta genérica de valores’, malsinada pela jurisprudência da Corte por pretender substituir-se a lei com a fixação de critérios genéricos de apuração de valores.* Inexistência de afronta ao art. 153, par-29 da constituição e art. 97, par-1. do CTN: RE não conhecido.”¹⁶

“– IPTU. Reavaliação dos valores venais dos imóveis. Lei 3.681/83, do Município de Belo Horizonte. Art. 153, parágrafo 29, da CF; art. 97, parágrafo 1, do CTN. Reavaliação dos valores venais dos imóveis sujeitos ao IPTU que se faz a base de critérios e parâmetros imediatamente vinculantes da administração no achado da estimativa concreta de cada bem tributável não colide com o art. 97 do CTN. Não se equipara as plantas genéricas de valores, malsinadas pela jurisprudência da corte, porque baixadas por decretos sem fulcro em lei, a chamada planta básica de valores, editada, no caso, pela municipalidade, representando a identificação e a individualização dos valores de cada imóvel, em concreto, à vista dos parâmetros da lei, como exato procedimento preliminar do lançamento, posto à disposição do contribuinte para exame e impugnação. Recurso extraordinário não conhecido.”¹⁷

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 109.100. Rel. Octavio Gallotti. Primeira Turma. Julgado em 9 de maio de 1986. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 de junho de 1986, p. 10934. *Ementário*, v. 1424, n. 4, p. 577.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 108.774. Rel. Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Rafael Mayer. Primeira Turma. Julgado em 25 de fevereiro de 1988. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 maio 1992, p. 6785. *Ementário*, v. 1661, n. 3, p. 413. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 137, n. 2, p. 838.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 111.431. Rel. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado

Foi esta a última palavra do Plenário da Corte Maior sobre a base de cálculo do IPTU antes da égide da Constituição Federal de 1988. Não necessariamente deveria haver em lei a fixação do valor de cada imóvel e nem do metro quadrado. Para que não restem dúvidas sobre aquilo que o Supremo Tribunal Federal considerou como parâmetros legais suficientes, transcreve-se do voto do Ministro Relator sua citação da lei da capital mineira:

“Os critérios proporcionados pelos arts. 189 e 214 da lei municipal consistem em que ‘o valor venal do prédio será o que constar do cadastro imobiliário, para cálculo do qual se levará em conta:

I – Quanto à edificação: a) o preço médio da construção por metro quadrado no exercício em que se fizer o lançamento, segundo os vários tipos especificados no Código de Obras, apurado com base nos valores estabelecidos nos contratos de construção celebrados nos últimos três meses e os relativos às últimas transações imobiliárias; b) a área edificada; c) o número de pavimentos; d) o estado de conservação; e) o ano da construção; f) os serviços públicos ou de utilidade pública existentes na via ou logradouro público; g) o índice de valorização ou desvalorização, correspondente ao logradouro, quarteirão ou zona; II – Quanto ao terreno: a) índices de valorização ou desvalorização conforme a situação; b) características do terreno; c) o preço dos terrenos próximos, nas últimas transações de compra e venda; d) outros dados; III – O valor venal será o da venda do imóvel, se realizada no exercício anterior, valor que será de 80% da venda se se tratar de imóvel residencial.”

Como se percebe, não se impunha a prefixação legal de valores de m² de terreno ou de construção, mas apenas definição de parâmetros para que fosse fixado o valor concreto a cada ano, este dependente do mercado. A maioria dos Ministros (8 x 3) considerou que assim ficava satisfeita a legalidade constitucional e que a individualização a partir destes critérios podia ser feita por meio de Decreto.

Após hiato de 25 anos sem manifestações relevantes, o Plenário da Suprema Corte, novamente julgando caso concreto de Belo Horizonte, fixou a citada tese de repercussão geral, compreendendo que o IPTU não pode ser majorado em percentual superior à inflação sem lei. Ei-la: “É inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais”¹⁸.

em 23 de junho de 1988. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 ago. 1988, p. 19516. *Ementário*, v. 1510, n. 4, p. 613.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 648.245. Rel. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 1º de agosto de 2013. Acórdão eletrônico. Repercussão geral – mérito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 38, divulgado em 21 de fevereiro de 2014, publicado em 24 de fevereiro de 2014.

A tese expressada carece de detalhamentos imprescindíveis à compreensão do seu âmbito de aplicação. Se há lei que estabelece valores de metros quadrados e há aumento superior à inflação destes valores, então naturalmente há uma ofensa à legalidade; contudo, não sendo este o caso, a majoração infralegal do valor dos imóveis, ainda que superior à inflação, não necessariamente ofende a legalidade, como havia sido decidido em 1988 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Percebeu-o com clareza o Ministro Luís Roberto Barroso, que apontava ser a tese de repercussão geral meramente de hierarquia (decreto não pode revogar lei), de modo que, se a lei efetivamente fixa valores concretos, estes não podem ser mais do que corrigidos monetariamente.

Os Ministros Marco Aurélio, Cármem Lúcia, Teori Zavascki e Luiz Fux bem esclareceram, conforme manifestações orais registradas, que não havia óbice a que a lei previsse apenas critérios de apuração do valor venal e que, no caso concreto, o Decreto, por outro lado, modificava critérios da própria lei.

Portanto, apesar da tese de repercussão geral inespecífica por não afirmar o que exatamente estava considerando como majoração (mudança de critérios legais de cálculo, e não aumento de valores de acordo com os mesmos critérios perenes legais), verifica-se que o tribunal não mudou seu entendimento de 25 anos antes em relação ao mesmo Município, ao admitir que a lei apenas precisava carregar critérios de determinação de valores individuais, mas não estes mesmos.

Em 2023, ao firmar a mencionada tese de repercussão geral, o voto vencedor do Ministro Barroso, inclusive, interpretou de modo autêntico a tese de 2013 a partir da situação fática subjacente:

“Quanto ao mérito, cabe ressaltar que a controvérsia posta nestes autos não guarda semelhança com aquela debatida no julgamento do RE 648.245-RG (Tema 211), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. No mencionado paradigma, discutia-se a constitucionalidade de decreto do Município de Belo Horizonte que reajustava a PGV do IPTU em percentual superior aos índices oficiais de atualização monetária. *Não obstante houvesse lei prevendo que os valores venais dos imóveis urbanos constantes na PGV somente poderiam ser atualizados pela variação inflacionária, o decreto municipal inovou na ordem jurídica ao prever outros critérios de atualização*, que não o da simples correção pela inflação acumulada. Dessa forma, houve o aumento dos valores venais em concreto fora dos parâmetros estabelecidos em lei. Por essa razão, o Plenário desta Corte negou provimento ao recurso do Município.”

Percebe-se, pois, que expressamente se afirmou ser a tese de 2013 a respeito da impossibilidade de o Decreto contrariar um critério de atualização previsto na própria lei municipal.

Em linha com esta orientação, admitiu-se a possibilidade de avaliar individualmente imóveis não incluídos na PGV de acordo com critério legais, pois, conforme se demonstrou, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo

Plenário, pelo menos desde 1988, acolheu a orientação de que a lei não precisa necessariamente fixar os valores concretos de metros quadrados, podendo limitar-se a estabelecer parâmetros para a eles chegar.

Eis a tese fixada em 2023¹⁹:

“É constitucional a lei municipal que delega ao Poder Executivo a avaliação individualizada, para fins de cobrança do IPTU, de imóvel novo não previsto na Planta Genérica de Valores, desde que fixados em lei os critérios para a avaliação técnica e assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório.”

A partir do inteiro teor, percebe-se, contudo, que, conquanto nada se diga sobre a impossibilidade de que da lei constem apenas parâmetros de cálculo, até porque se admite avaliação concreta, aponta-se que, se o Município optar por estimar valores venais por região, isto deve ser feito por lei, sob o argumento de que se “estabelece um valor provável”. Confiram-se os exatos termos do Tribunal:

“Daí a importância da PGV, instrumento que determina o valor do metro quadrado dos imóveis em cada região. Isto é, a PGV é uma estimativa do valor venal dos imóveis nas diversas regiões do Município, quando se mostra impraticável a sua avaliação detalhada. Por ser uma avaliação que estabelece um valor provável, deve ser veiculada mediante lei, facultada ao Poder Executivo a atualização monetária dos valores, de acordo com os índices oficiais inflacionários.”

Assim, em mais um movimento da jurisprudência sobre o tema, aparentemente afirma-se atualmente que, ou bem há avaliações absolutamente individuais de cada imóvel a partir de critérios legais, ou então há valores de metro quadrado em lei, desconsiderando-se a possibilidade de os valores genéricos serem determinados por decreto, de acordo com parâmetros legais previamente estabelecidos, como se entendera em 1988 expressamente e implicitamente em 2013.

A modificação constitucional de 2023 aparentemente adere ao pensamento anterior da Suprema Corte, de que pode haver uma avaliação genérica periodicamente atualizada, não necessariamente até o limite da inflação, pelo Executivo, desde que os parâmetros de cálculo estejam devidamente previstos em lei.

3. Análise jurídica sob os aspectos da legalidade e da isonomia

3.1. Legalidade tributária: a distinção fundamental entre base de cálculo e lançamento

O princípio da legalidade tributária, consagrado no art. 150, I, da Constituição Federal, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da segurança

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 1.245.097. Rel. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 5 de junho de 2023. Processo eletrônico. Repercussão geral – mérito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, s/n, divulgado em 26 de julho de 2023, publicado em 27 de julho de 2023.

jurídica. Ele exige que nenhum tributo seja instituído ou majorado senão em virtude de lei. O art. 97 do CTN, por sua vez, especifica os elementos essenciais que devem constar da lei tributária, incluindo a definição do fato gerador, da base de cálculo, da alíquota e do sujeito passivo (incisos III e IV).

A grande discussão, portanto, é a da determinação do que é a base de cálculo do IPTU.

Conforme Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo desempenha “três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma”²⁰. As duas primeiras revelam que a dimensão quantitativa do próprio fato não está necessariamente já na base de cálculo legal, que servirá para medi-la e que a determinação da dívida não coincide com a previsão da base de cálculo, que a antecede.

Rejeita este artigo, pois, a interpretação de que a base de cálculo legal (não o número concreto de cada lançamento) inclua necessariamente a definição do metro quadro de cada terreno ou construção. Este valor corresponde ao resultado da concretização individual da base de cálculo legal.

A nosso juízo, uma visão contrária assim confundiria, pois, dois conceitos fundamentais do Direito Tributário: a base de cálculo legal e o lançamento tributário.

A base de cálculo é a grandeza econômica sobre a qual incide a alíquota para se chegar ao valor do tributo devido. Ela é um elemento abstrato, definido em lei, que serve de parâmetro para a quantificação do tributo. No caso do IPTU, a base de cálculo prevista em lei nacional desde 1966 é o valor venal do imóvel (art. 33 do CTN), ou seja, o seu valor de mercado.

O lançamento tributário, por sua vez, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142 do CTN). O lançamento, portanto, é um ato administrativo concreto, individualizado, que aplica a lei tributária a um caso específico, determinando o valor do tributo devido por um determinado contribuinte em relação a um determinado imóvel.

O art. 148 do CTN, ao tratar do lançamento por arbitramento, admite expressamente que o cálculo do tributo envolva a avaliação do valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos. Isso demonstra que a legalidade tributária não exige que a lei pré-defina o valor exato de cada bem ou serviço para fins de tributação. O que se exige é que a lei estabeleça a base de cálculo (no caso do

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 364.

COELHO, André Borges. A Base de Cálculo do IPTU da Décima Urbana de 1808 até a EC n. 132/2023: uma Análise Histórica à Luz da Legalidade e da Isonomia.

Revista Direito Tributário Atual v. 60. ano 43. p. 83-104. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2025.

IPTU, o valor venal) e os critérios para a sua apuração, o que inclui, evidentemente, a possibilidade de avaliação do imóvel segundo determinados critérios.

No preciso âmbito deste artigo, sustenta André Mendes Moreira que a lei, eminentemente abstrata e geral, “não poderá conter todas as decisões individualmente aplicáveis a cada caso, mas tão somente os parâmetros ou padrões ou critérios objetivos que permitam tanto aos contribuintes como ao Poder Executivo orientar a sua conduta”²¹.

A interpretação que exige a fixação prévia e detalhada do valor de cada imóvel em lei, portanto, vai além do que exige o princípio da legalidade tributária e acaba por esvaziar o conceito de lançamento, transformando-o em um mero ato de homologação de valores previamente definidos em lei. Chegar-se-ia ao absurdo já citado de exigir-se da lei prever a renda de cada pessoa.

Isto nunca se exigiu para imposto algum, nem mesmo para aqueles outros que também dependam da determinação prévia do valor de um bem ou direito, como o ITCMD, o IPVA e o ITBI.

Tome-se o exemplo do IPVA. É absolutamente pacífica a desnecessidade de a lei prever com antecedência o valor de cada automóvel, havendo mera remissão à tabela FIPE, que reflete preços de mercado²².

Na hipótese do ITBI, inclusive, tem a jurisprudência precisamente rejeitado a fixação de valores prévios, como aquele previsto na legislação para fins de IPTU²³.

Deste modo, decididamente se deve afastar a exigência de que a lei necessariamente preveja valores por metro quadro de terreno ou de construção, podendo limitar-se, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal há décadas, embora com tergiversações, a prever critérios seguros de apuração.

Do fato de não ser exigível que o valor do imóvel e, portanto, do lançamento, seja prevido pela lei, contudo, não decorre que a lei possa deixar de oferecer determinação segura do objeto da tributação. A estrita legalidade, especialmente firme em matéria tributária, não o consentiria, pois a tributação não é meramente “em virtude de lei” (art. 5º, II) mas estabelecida por lei (art. 150, I, da CF)²⁴.

E, em se tratando de imposto, este mister deve ser exercido nacionalmente por lei complementar, que deve fixar a base de cálculo (art. 146, III, a, da CF). Portanto, deveria, a rigor, a própria lei complementar nacional estabelecer os

²¹ MOREIRA, André Mendes. A base de cálculo do IPTU e sua fixação por decretos. *Revista Direito Tributário Atual* n. 50. São Paulo: IBDT, 2022, p. 60-75, p. 73-74.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 8.309/RJ. Rel. Min. Laurita Vaz. Segunda Turma. Julgado em 28 de agosto de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 8 de outubro de 2001, p. 189.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.937.821/SP. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção. Julgado em 24 de fevereiro de 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 mar. 2022.

²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 261-262.

critérios a serem levados em conta, as fontes de mercado que devem ser consideradas, a ponderação entre elas ou critérios de prevalência. Não cumpriria sua função a lei complementar (como a atual) que se limitasse a afirmar que a base é o “valor venal ou de mercado do imóvel”.

A segurança jurídica²⁵, por esta grande variação de condutas que permitiria à Administração Tributária, não seria atendida, pois não seria possível compreender concretamente o comando legal (cognoscibilidade) e nem haveria calculabilidade, já que poderia haver mudanças bruscas dada a falta de critérios seguros e objetivos.

Assim, ao modo da legislação validada pelo Supremo Tribunal Federal em 1988, deve a lei complementar nacional estabelecer os critérios, ainda que alternativos, idôneos.

A lei ordinária poderá refinar ainda mais estes critérios e, querendo, a partir deles fixar valores concretos, embora, na realidade, a isonomia, de que se trata no tópico a seguir, recomende fortemente evitar os valores fixos em lei e que só poderiam ser majorados acima da inflação por lei (art. 97, § 2º, do CTN).

A partir dos critérios legais, poder-se-á elaborar tabela, preferencialmente via Decreto, em razão da publicidade, que concretize os valores por segmento da cidade e por tipo de construção, naturalmente respeitando-se o menor valor daquele segmento ou tipo.

Também se deve admitir o contraditório aos interessados e a entidades representativas para garantir que os valores sejam formados após amplos debates e consideração de plúrimos subsídios e elementos. Assim como em qualquer lançamento, deve ser admitida a impugnação do sujeito passivo, para que eventualmente alegue a incorreção da base de cálculo empregada, mesmo da legal, devendo a lei que fixe o valor prever a possibilidade de redução, se não guardar mais relação com os valores de mercado.

Portanto, comprehende-se que a base de cálculo legal do IPTU deve ser veiculada por lei nacional que não necessariamente preveja o valor venal como ponto de partida, mas que concretize os parâmetros pelos quais se apura este valor, podendo a lei ordinária eleger dentro as ferramentas eleitas. Naturalmente, o Decreto terá de aderir fielmente a estes parâmetros quando da determinação de valores.

3.2. Isonomia tributária e a desigualdade gerada pela PGV fixa no tempo

O princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal exige que contribuintes que se encontrem em situações equivalentes se-

²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 532-534.

jam tratados de forma igualitária pela lei tributária. A igualdade é a relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade²⁶; e este critério, na tributação, é, por excelência, a capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF).

Se, na hipótese do IPTU, ela se mede precisamente pelo valor do imóvel, então a manutenção de uma PGV com valores fixos, sem atualização real que reflete a valorização imobiliária, gera, como já foi mencionado, desigualdades significativas entre os contribuintes à luz da métrica tributária da capacidade contributiva.

Imóveis em áreas que se valorizaram mais, ao longo do tempo, acabam ensejando lançamentos proporcionalmente menores do que imóveis em áreas que se valorizaram menos, ou até mesmo se desvalorizaram.

Essa situação configura uma clara violação dos estados ideais constitucionais referidos, pois contribuintes com imóveis de valores de mercado semelhantes (e, portanto, com capacidade contributiva semelhante) são tributados de forma desigual.

Pense-se numa cidade litorânea em que os imóveis localizados no centro, que historicamente tiveram uma valorização menor desde a última PGV aprovada por lei antes do ano 2000, podem ter valores venais na PGV semelhantes aos de imóveis localizados na orla marítima, que tiveram uma valorização de mercado muito superior no mesmo período. Essa situação resulta em uma tributação desproporcional, em que os proprietários de imóveis no centro da cidade, com menor valor de mercado, acabam pagando, proporcionalmente, mais IPTU do que os proprietários de imóveis mais próximos da orla marítima.

Por este motivo, além de não colidir em nada com a legalidade, a fixação de valores concretos de imóveis que acompanhe a realidade de mercado, seja por Decreto genérico, atualizado em curta periodicidade, ou por avaliação individualizada anual, é um reclamo da isonomia tributária.

4. A nova previsão da EC n. 132/2023

A EC n. 132/2023, ao incluir o inciso III no § 1º do art. 156 da Constituição Federal, introduziu uma mudança significativa no regime jurídico do IPTU, prevenindo expressamente a possibilidade de o Poder Executivo atualizar a base de cálculo do imposto, desde que essa atualização se dê em conformidade com os critérios estabelecidos em lei municipal.

Como visto, a previsão se afina com a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal de 1988 e com a compreensão oral dos ministros quando do julgamento de 2013 sob a sistemática da repercussão geral.

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2025, p. 45 e ss.

A redação do novo dispositivo constitucional é notavelmente semelhante à tese deste último julgado do Supremo (RE n. 648.245/MG – Tema 497 da Repercussão Geral), no que admitiu a avaliação individualizada de *imóveis novos, não previstos na PGV*, pelo Poder Executivo. Essa semelhança sugere a intenção do constituinte derivado de superar a interpretação restritiva da legalidade tributária aparentemente adotada em 2023, que admitiu a solução aparentemente apenas para imóveis novos, mas que havia exigido, pelo menos em *obiter dictum*, previsão em lei para valores genéricos.

Apesar da semelhança de palavras com a tese, é de se lamentar a perda da oportunidade de, mediante a escolha de expressões mais bem determinadas, evitar controvérsias graves, agravadas pela histórica tergiversação jurisprudencial relatada.

Primeiramente, diante da aparente compreensão do Supremo de 2023 de que apenas avaliações individualizadas podem ser feitas mediante critérios legais e que valores genéricos teriam de ser previstos necessariamente em lei, o dispositivo poderia ser mais claro a respeito da função conferida ao Decreto.

Compreende-se que, como o preceito não se referiu ao valor dos imóveis (concreto), mas à base de cálculo (abstrata), há uma maior aproximação com valores genéricos de metro quadrado da tradição nacional.

Se não houve na previsão a limitação a imóveis específicos, mas à inteira base de cálculo do imposto, e, sendo inviável sua fixação individualizada na quase totalidade dos Municípios brasileiros, tornar-se-ia o dispositivo completamente desprovido de efeitos se permitisse apenas o cálculo individual.

A eleição do termo “atualizada” para se referir à alteração da base de cálculo pelo Poder Executivo pode também ser fonte de importante conflito interpretativo. Ele pode ser entendido como mera atualização monetária, ou seja, uma simples correção do poder de compra da moeda (o que já era aceito pela jurisprudência mesmo na hipótese de previsão de valores em lei), e não como uma alteração da base de cálculo para refletir o valor de mercado do imóvel.

Conquanto haja esta possibilidade interpretativa, a compreensão mais adequada do novo dispositivo constitucional é aquela que o considera como uma autorização para que o Poder Executivo (de maneira individual no lançamento ou mediante planta genérica de valores concretos infralegal) atualize a base de cálculo do IPTU para refletir o valor de mercado dos imóveis, e não apenas a correção monetária. Essa interpretação se baseia em duas razões principais:

1. A menção a “critérios estabelecidos em lei municipal”: o dispositivo constitucional não se refere a um simples índice de correção monetária, mas sim a “critérios estabelecidos em lei municipal”. Isso indica que a atualização da base de cálculo deve se basear em critérios técnicos e objetivos, definidos pelo legislador municipal, que permitam apurar o valor de

mercado dos imóveis, pois se o objetivo fosse apenas assegurar a correção monetária, isto teria sido dito e haveria mera remissão a índice de oficial de correção monetária.

2. A finalidade da norma: a finalidade da EC n. 132/2023, no que se refere ao IPTU, é claramente superar a rigidez da base de cálculo fixada em lei e permitir que o imposto acompanhe a evolução do mercado imobiliário. O contexto histórico de negociação de alguma benesse jurídica para os Municípios em troca da centralização promovida pelo fim do ISS, assim como a recência do julgamento do Supremo Tribunal Federal em 2023, o indicam. Uma interpretação restritiva, que limitasse a atualização à mera correção monetária, frustraria essa finalidade e manteria os problemas de defasagem e desigualdade que a emenda constitucional buscou corrigir. Não teria utilidade prática alguma a previsão de mera correção de valores legais pela inflação, porquanto já pacificamente aceita há décadas.

É importante ressaltar, contudo, que a atualização da base de cálculo do IPTU pelo Poder Executivo não pode ser feita de forma arbitrária ou discricionária. A lei municipal deverá estabelecer critérios objetivos e técnicos para a avaliação dos imóveis, que garantam a segurança jurídica e o direito ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte, na forma sobredita. Esses critérios podem incluir, por exemplo, a utilização de métodos comparativos de avaliação, a consideração de características específicas dos imóveis (como localização, área construída, padrão de acabamento etc.).

Em razão do princípio federativo, é de se compreender que o novo preceito não faz prescindir do estabelecimento de critérios em lei nacional, como normas gerais do art. 146, III, a, da CF; mas apenas permite que, dentro deles, estabeleça a lei municipal seus critérios.

Devem-se observar, ainda, os parâmetros referidos no tópico 3 no que atine à necessidade de observar o contraditório, a observância do menor valor de metro para o setor da cidade em questão e a suavidade das mudanças, exigida pela segurança jurídica.

Uma possível solução para evitar aumentos abruptos e excessivos do IPTU, decorrentes da atualização da base de cálculo, seria a combinação de uma base de cálculo atualizada, que reflita o valor de mercado dos imóveis, com alíquotas baixas. Se, por exemplo, a base de cálculo do IPTU corresponder, em média, a 20% do valor de mercado dos imóveis e a alíquota for de 1%, a atualização da base de cálculo para 100% do valor de mercado, acompanhada da redução proporcional da alíquota para 0,2%, manteria a carga tributária inalterada, em termos médios.

Essa solução teria a vantagem de preservar o poder de controle do Poder Legislativo sobre a arrecadação tributária, pois qualquer aumento sensível do

IPTU dependeria da aprovação de uma nova lei, que elevasse a alíquota do imposto. Ao mesmo tempo, permitiria que a base de cálculo do IPTU acompanhasse a evolução do mercado imobiliário sem grande impacto para os contribuintes, diante da baixa alíquota, promovendo maior justiça fiscal, pela igualdade horizontal entre contribuintes e eficiência arrecadatória. Eventual aumento substancial seria discutido pelo Legislativo de maneira transparente, pois, partindo-se de uma base efetiva de mercado, a discussão se concentraria na alíquota que politicamente se julga adequada para aplicação sobre o valor real dos imóveis.

5. Conclusão

A EC n. 132/2023, ao introduzir a possibilidade de o Poder Executivo atualizar a base de cálculo do IPTU, representa um avanço significativo na modernização do sistema tributário brasileiro à luz da legalidade e da igualdade constitucionais. A nova redação do art. 156, § 1º, III, da Constituição Federal, busca superar a rigidez da base de cálculo fixada em lei, que, ao longo do tempo, gerou defasagem em relação ao valor de mercado dos imóveis e desigualdade entre os contribuintes.

Como visto, embora, bem analisada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha autorizado a fixação – e atualização – infralegal, não limitada à inflação, a partir de critérios legais de cálculo, relevante número de Municípios simplesmente optou, por segurança, por prever em lei valores concretos, que naturalmente só podem ser alterados por lei, em razão do paralelismo imposto pela legalidade, ressalvada a atualização monetária.

A interpretação que motivou esta prática, de que a base de cálculo do IPTU deveria ser fixada em lei de forma precisa e detalhada, confundia, a nosso ver, os conceitos de base de cálculo e de lançamento tributário, e ia além do que exige o princípio da legalidade. Impunha-se à lei instituidora de base de cálculo, essencialmente genérica, prever valores concretos de imóveis.

A nova previsão constitucional, ao permitir a atualização da base de cálculo pelo Poder Executivo, desde que observados os critérios estabelecidos em lei municipal, está em consonância com os princípios da legalidade e da isonomia tributária, e com a jurisprudência histórica do STF.

Nada disto significa que a lei, inclusive a complementar, possa prescindir da necessidade de efetivamente orientar a atuação estatal e dos contribuintes pela previsão de critérios seguros para determinação dos valores concretos, seja individualmente, seja via Decreto.

É fundamental que os Municípios regulem a atualização da base de cálculo do IPTU de forma criteriosa e responsável, estabelecendo critérios objetivos e técnicos para a avaliação dos imóveis, a partir de parâmetros nacionais a serem estabelecidos em lei complementar.

Deve-se garantir, ainda, o direito ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte, e evitando aumentos abruptos e excessivos do imposto.

A combinação de uma base de cálculo atualizada, que reflita o valor de mercado dos imóveis, com alíquotas baixas, pode ser uma solução para garantir a justiça fiscal e a eficiência arrecadatória, sem onerar excessivamente os contribuintes e sem renunciar ao Poder do Legislativo na criação e no aumento da tributação.

Responde-se agora às indagações iniciais:

A base de cálculo legal do IPTU não consiste no valor exato do imóvel ou de componentes seus. Para considerá-la prevista em lei devem constar do instrumento normativo legal critérios que permitam aferir de maneira segura os valores, bem como sua ponderação e preferência se plurais (valores de transações com o imóvel e similares, as fontes admissíveis etc.), assim como os procedimentos e participações que assegurem a observância destes critérios.

O valor concreto de cada imóvel não precisa figurar na lei e deve preferencialmente estar em Decreto, embora também seja possível a avaliação em cada caso concreto.

A alteração de valores concretos de imóveis em relação a lançamentos anteriores pode ser feita individualmente ou via Decreto; mas não os critérios de cálculo.

Os parâmetros de determinação da base de cálculo só podem ser modificados por lei, conforme o caso via lei complementar nacional ou por lei municipal.

6. Referências

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2025.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 87.763/PI*. Tribunal Pleno. Julgado em 7 de junho de 1979. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181668>. Acesso em: 10 maio 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 92.804*. Rel. Cordeiro Guerra. Tribunal Pleno. Julgado em 9 de outubro de 1980. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 nov. 1980, p. 10103. *Ementário*, v. 1194, n. 5, p. 1120. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 96, n. 3, p. 908.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 95.973*. Rel. Rafael Mayer. Primeira Turma. Julgado em 11 de maio de 1982. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 jun.

- 1982, p. 5462. *Ementário*, v. 1257, n. 2, p. 456. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 102, n. 1, p. 436.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 107.646*. Rel. Oscar Corrêa. Primeira Turma. Julgado em 13 de dezembro de 1985. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 fev. 1986, p. 1717. *Ementário*, v. 1408, n. 2, p. 308.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 108.774*. Rel. Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Rafael Mayer. Primeira Turma. Julgado em 25 de fevereiro de 1988. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 maio 1992, p. 6785. *Ementário*, v. 1661, n. 3, p. 413. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 137, n. 2, p. 838.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 109.100*. Rel. Octavio Gallotti. Primeira Turma. Julgado em 9 de maio de 1986. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 20 jun. 1986, p. 10934. *Ementário*, v. 1424, n. 4, p. 577.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 111.431*. Rel. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 23 de junho de 1988. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 ago. 1988, p. 19516. *Ementário*, v. 1510, n. 4, p. 613.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 648.245*. Rel. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 1º de agosto de 2013. Acórdão eletrônico. Repercussão geral – mérito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 38, divulgado em 21 de fevereiro de 2014, publicado em 24 de fevereiro de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 80.561*. Rel. Thompson Flores. Segunda Turma. Julgado em 22 de agosto de 1975. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 set. 1975, p. 6897. *Ementário*, v. 998, n. 2, p. 458. *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 78, n. 3, p. 886.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 1.245.097*. Rel. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 5 de junho de 2023. Processo eletrônico. Repercussão geral – mérito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, s/n, divulgado em 26 de julho de 2023, publicado em 27 de julho de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n. 8.309/RJ*. Rel. Min. Laurita Vaz. Segunda Turma. Julgado em 28 de agosto de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 8 out. 2001, p. 189.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.937.821/SP*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção. Julgado em 24 de fevereiro de 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 mar. 2022.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 364.
- MARANINCHI, Fernando Castro da Silva. *O elemento material e a sujeição passiva do IPTU*. Dissertação de Mestrado (UCAM). Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037859.pdf>. Acesso em: 06 set. 2025.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Curso de direito tributário*. 1. ed. São Paulo: RT, 1973. v. 1.

MORAIS, Antônio de. Parecer: Imposto territorial urbano – valor básico – natureza e interpretação das leis tributárias. *Revista de Direito Administrativo* ano 45. Rio de Janeiro, 1956, p. 571-577.

MOREIRA, André Mendes. A base de cálculo do IPTU e sua fixação por decretos. *Revista Direito Tributário Atual* v. 50. São Paulo: IBDT, 2022, p. 60-75, p. 73-74.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto n. 1.436, de 27 de setembro de 1951. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-1436-de-27-de-setembro-de-1951>. Acesso em: 13 maio 2025.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto Municipal n. 2.066, de 27 de dezembro de 1952. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/sao-paulo/decreto/1952/207/2066/decreto-n-2066-1952>. Acesso em: 10 maio 2025.

Análise Crítica do CPC 32 sobre a (Des)necessidade do Reconhecimento Contábil de Passivos e Ativos Fiscais Diferidos em Contratos de Arrendamento

Critical Analysis of CPC 32 Regarding the (Un)necessity of Accounting Recognition of Deferred Tax Liabilities and Assets in Lease Agreements

Daniel Piga Vagetti

Advogado e contador atuante no consultivo tributário. Especialista em Direito Tributário pelo IBET e mestre em Direito Tributário pela FGV-SP.

Recebido em: 26-4-2025 – Aprovado em: 28-8-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.4.2025.2743>

Resumo

Considerando as alterações promovidas pelo processo de convergência das normas contábeis brasileiras ao padrão internacional, iniciada em 2007 com a publicação da Lei n. 11.638/2007 (posteriormente alterada pela Lei n. 11.941/2009), diversos impactos foram sentidos quando do reconhecimento, da mensuração e da evidenciação dos atos e negócios jurídicos, e os fatos jurídicos em geral pela contabilidade. Nesse contexto, a partir de uma breve análise do instituto do arrendamento, contabilmente regulado pelo CPC 06, o presente artigo teve por objetivo avaliar as previsões do CPC 32 (tributos sobre o lucro) que tratam sobre a necessidade de constituir passivos ou ativos diferidos nos casos de diferenças temporárias oriundas de contratos de arrendamento. Isso porque, sob a perspectiva do arrendatário (objeto do presente artigo), a legislação tributária que trata sobre a matéria, notadamente o inciso VIII do art. 13 da Lei n. 9.249/1995 e o art. 48 da Lei n. 12.973/2014, estabelecem que referidos valores são indedutíveis, o que, por consequência, faz com que tais diferenças (entre a norma contábil e a legislação tributária) jamais sejam equalizadas e, portanto, dedutíveis no futuro – o que, potencialmente, afastaria a necessidade de constituição dos passivos ou ativos diferidos nos termos do CPC 32.

Palavras-chave: CPC 32, passivos e ativos fiscais diferidos, contratos de arrendamento.

Abstract

Considering the changes brought about by the process of convergence of Brazilian accounting standards to international standards, initiated in 2007 with the publication of Law No. 11,638/07 (subsequently amended by Law No. 11,941/09), several impacts were felt in the recognition, measurement, and

disclosure of legal acts, business transactions, and legal facts in general by accounting practices. In this context, based on a brief analysis of the lease institute, which is regulated under accounting standards by CPC 06, this article aims to evaluate the provisions of CPC 32 (Income Taxes) regarding the need to recognize deferred tax assets or liabilities arising from temporary differences related to lease contracts. This is because, from the lessee's perspective (the focus of this article), the tax legislation governing the matter – particularly item VIII of article 13 of Law No. 9,249/95 and article 48 of Law No. 12,973/14 – establishes that such amounts are non-deductible. Consequently, these differences (between accounting standards and tax legislation) would never be equalized and, therefore, would not become deductible in the future, which potentially eliminates the need to recognize deferred tax assets or liabilities under CPC 32.

Keywords: CPC 32, deferred tax liabilities and assets, lease agreements.

1. Introdução

Com a publicação da Lei n. 11.638/2007¹, alterada pela Lei n. 11.941/2009², o Brasil iniciou o processo de convergência das normas contábeis para o padrão internacional.

Na exposição de motivos da Lei n. 11.638/2007 consta que os objetivos das mudanças dos critérios contábeis aplicáveis no Brasil em relação à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras eram o de “modernizar e harmonizar as disposições da lei societária em vigor com os princípios fundamentais e melhores práticas contábeis internacionais”.

Nesse contexto, a Lei n. 11.941/2009 alterou a legislação tributária federal e criou o chamado Regime Tributário de Transição (RTT). Referido regime estabelecia que as alterações na legislação que, eventualmente, modificassem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas, não iriam impactar a determinação do lucro real, devendo ser considerado, para fins tributários, os critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007. Por efeito, o RTT seria aplicado até que entrasse em vigor uma lei que disciplinasse os efeitos tributários das inovações trazidas.

Posteriormente, a Lei n. 12.973/2014³ (fruto da conversão da Medida Provisória n. 627/2013⁴) revogou o RTT e disciplinou os efeitos tributários decorrentes da adoção dos novos critérios contábeis. Isso significa que a partir da adoção do

¹ BRASIL. *Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

² BRASIL. *Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

³ BRASIL. *Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

⁴ BRASIL. *Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv627.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

Brasil ao padrão internacional, a contabilidade passou: (i) a ser orientada a realizar uma análise principiológica a respeito dos fenômenos (prevalecência da orientação por princípios em substituição aos dispositivos legais ou regulamentares); e (ii) ter prevalência da essência econômica sobre a forma jurídica – ou seja, a forma jurídica não é determinante para o reconhecimento, a mensuração ou a evidenciação dos fenômenos⁵.

Além disso, do ponto de vista tributário, referido dispositivo legal mantém o regime de dependência parcial da contabilidade para apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL. Inclusive, permanece vigente o art. 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977⁶, pelo qual o lucro real é calculado a partir do lucro líquido do exercício, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária⁷.

Cabe destacar mais uma vez que entre as principais alterações promovidas pela adoção da contabilidade brasileira aos padrões internacionais, está o abandono do registro meramente formular, que foi substituído pelo registro contábil com base no julgamento de cada caso concreto⁸. Contudo, conforme muito bem pontuado pelo Professor Ricardo Mariz de Oliveira⁹, referido julgamento deve manter um papel neutro sobre a realidade, a qual é (deve ser) refletida nos registros contábeis tal como ela é – e tal como ela é regida pelo direito, e não modificada através de pequenos ou grandes ajustes a depender das circunstâncias.

2. Breves considerações sobre arrendamento (CPC 06)

De acordo com o resgate histórico realizado pela Professora Elidie Palma Bifano¹⁰, os negócios envolvendo arrendamento mercantil no Brasil se iniciaram

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual de tributação direta da renda*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 41.

⁶ BRASIL. *Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1598.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

⁷ Conforme apontado pelo Professor Ricardo Mariz de Oliveira: “Na regra geral, há que se distinguir ‘lucro líquido’ e ‘lucro real’, porque aquele é o resultado apurado na escrituração mercantil das pessoas jurídicas, sendo este último o resultado do lucro líquido (contábil) após as adições e exclusões que a lei tributária determina ou autoriza para a quantificação da base de cálculo do IRPJ [...]. Em outras palavras, a base de cálculo do IRPJ, quando não for arbitrada ou presumida, parte do lucro líquido contábil e resulta de ajustes para mais e para menos que a lei tributária prescreve, sendo o saldo final dessa operação matemática denominada ‘lucro real.’” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda* (2020). São Paulo: IBDT, 2020. v. I e II, p. 811)

⁸ FERNANDES, Edison Carlos. *Direito e contabilidade: fundamentos do direito contábil*. São Paulo: Trevisan, 2015, p. 90.

⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda* (2020). São Paulo: IBDT, 2020. v. I e II, p. 1.299.

¹⁰ BIFANO, Elidie Palma. Arrendamento: normas internacionais de contabilidade (IFRS) e seus aspectos jurídico-tributários à luz do CPC 06 (R2). In: CHARNESKI, Heron; FAJERSZTAJN,

na década de 1960, e as discussões que nasciam se relacionavam à qualificação do negócio ora como locação, ora como compra e venda a prazo e, também, como financiamento.

Sob a perspectiva contábil, até 31 de dezembro de 2007, para todos os fins, a prática aplicável aos contratos de arrendamento mercantil (financeiro ou operacional) era aderente à essência jurídica, ou seja, consistia apenas em reconhecer as contraprestações como custo ou despesa no momento do seu vencimento – no caso da arrendatária (aquele que aluga e tem o direito de usar o bem), e a respectiva receita pelo arrendador (proprietário do bem). Em atenção a essa prática, o ativo permanecia no balanço do arrendador e o arrendatário não reconhecia qualquer ativo ou passivo relacionado ao contrato (prática semelhante acontecia nos casos de locação)¹¹.

Contudo, após a edição da Lei n. 11.638/2007, que deu início ao processo de convergência das normas contábeis brasileiras para o padrão internacional, o inciso IV do art. 179 da Lei n. 6.404/1976¹² foi alterado, e sua redação atual elenca que os direitos decorrentes de operações que transfiram à entidade os benefícios, riscos e controles de bens corpóreos destinados à manutenção das suas atividades ou exercidos com tal finalidade, devem ser reconhecidos no ativo imobilizado, independentemente da efetiva transferência da propriedade.

Além disso, foi editado o CPC 06 – Arrendamento¹³, que trata de operações de arrendamento mercantil, e *leasing*, como disposto na Lei n. 6.099/1974, em suas modalidades operacional e financeiro, sendo que após diversas alterações na normativa contábil, o CPC 06 (R2), em sua versão atual, acabou por se desvincular da Lei n. 6.099/1974, passando a abordar o tratamento contábil das operações de arrendamento (e não mais de arrendamento mercantil).

O objetivo do referido CPC (item 1) é o de garantir que arrendatários e arrendadores forneçam informações relevantes, de modo que representem fielmente essas transações.

Nesse contexto, em linha com o comentando na introdução do presente artigo (no sentido de que a avaliação contábil para o registro deve levar em conta a prevalência da essência ou substância econômica sobre a forma), a recomendação do CPC 06 (R2) (item 9) é que, no momento da celebração do contrato, a entidade

Bruno; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da (coord.). *Normas internacionais de contabilidade e tributação*. São Paulo: IBDT/Fipecafi, 2023, p. 136-142.

¹¹ SANTOS, Mateus Alexandre Costa dos. *Contabilidade tributária: um enfoque nos IFRS e na legislação do IRPJ*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 299.

¹² BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2025.

¹³ COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Técnico CPC 06 (R2)*. Arrendamento. Conteúdo disponível em: https://s3.sa-east-1.amazonaws.com/static.cpc.aatb.com.br/Documents/533_CPC_06_R2_rev%2023.pdf. Acesso em: 25 abr. 2025.

avalie se o contrato é, ou contém, um arrendamento, assim entendida a determinação de que o arrendatário tem o direito de controlar o uso de ativo identificado, por um período, em troca da contraprestação.

Isso significa que a norma contábil, guardadas as devidas proporções, equiparou o arrendatário ao proprietário, tendo em vista que o mesmo exerce alguns dos poderes inerentes à propriedade.

No que se refere ao tratamento tributário, na década de 1970 foi promulgada a Lei n. 6.099/1974¹⁴, que passou a regular as operações de arrendamento mercantil. Em linhas gerais, a legislação determina: (i) arrendatário: no tocante ao IRPJ e à CSL (objeto de análise do presente artigo), as contraprestações pagas/incorridas, por força do contrato de arrendamento, são custos ou despesas operacionais, sendo vedada a dedução de gastos não relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (art. 11 da Lei n. 6.099/1974); e (ii) arrendadora: permanece com o ativo subjacente, sendo permitido que a respectiva depreciação seja considerada como custo, e, por consequência, dedutível para fins tributários (art. 12 da Lei n. 6.099/1974). Assim, como o conteúdo tributário da Lei n. 6.099/1974 se assemelhava à prática contábil, não se verificava a necessidade da realização de ajustes.

Após as alterações contábeis comentadas anteriormente, promovidas pela convergência aos padrões internacionais, é possível concluir que a Lei n. 12.973/2014 preservou o conteúdo tributário da Lei n. 6.099/1974, sendo mantida a dedutibilidade das contraprestações, pagas ou creditadas, dos contratos de arrendamento, inclusive no que se refere aos encargos financeiros que compõem o seu valor (art. 47 da Lei n. 12.973/2014). Além disso, nos termos do inciso VIII do art. 13 da Lei n. 9.249/1995 (incluído pela Lei n. 12.973/2014), para a entidade arrendatária, é vedada a dedução das despesas com depreciação, amortização e exaustão geradas por bens objeto de arrendamento, sendo essa “diferença” o gatilho de análise (e crítica) do presente artigo, que será abordado com mais detalhe no tópico seguinte.

Assim, ante o exposto, nos filiamos às conclusões da Professora Elidie Palma Bifano¹⁵ no sentido de que o CPC 06 (R2), em observância aos objetivos pretendidos quanto das alterações nos padrões contábeis brasileiros, concretizou a prevalência da essência econômica (utilizada para o enquadramento contábil) sobre a forma/causa jurídica (utilizada para fins tributários).

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974*. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6099.htm. Acesso em: 25 abr. 2025.

¹⁵ BIFANO, Elidie Palma. Arrendamento: normas internacionais de contabilidade (IFRS) e seus aspectos jurídico-tributários à luz do CPC 06 (R2). In: CHARNESKI, Heron; FAJERSZTAJN, Bruno; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da (coord.). *Normas internacionais de contabilidade e tributação*. São Paulo: IBDT/Fipecafi, 2023, p. 148-149.

3. CPC 32 e a (des)necessidade do reconhecimento de passivos e ativos fiscais diferidos

De acordo com o item 5 do CPC 32 – Tributos sobre o lucro, temos: (i) passivo fiscal diferido: valor do tributo sobre o lucro devido em período futuro relacionado às diferenças temporárias tributáveis; e (ii) ativo fiscal diferido: valor do tributo sobre o lucro recuperável em período futuro relacionado a: (ii.i) diferenças temporárias dedutíveis; (ii.ii) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e (ii.iii) compensação futura de créditos fiscais não utilizados.

Além disso, o referido item 5 também conceitua diferença temporária, que se refere a *diferença entre o valor contábil de ativo ou passivo no balanço e sua base fiscal*. As diferenças temporárias podem ser tanto: (i) diferença temporária tributável: a qual é a diferença temporária que resulta em valores tributáveis para determinar o lucro tributável (prejuízo fiscal) de períodos futuros quando o valor contábil de ativo ou passivo é recuperado ou liquidado; ou (ii) diferença temporária dedutível: a qual é a diferença temporária que resulta em valores que são dedutíveis para determinar o lucro tributável (prejuízo fiscal) de futuros períodos quando o valor contábil do ativo ou passivo é recuperado ou liquidado.

A regra contábil também exige que um passivo fiscal diferido (item 15) seja reconhecido para todas as diferenças temporárias tributáveis, da mesma forma que um ativo fiscal diferido (item 24) deve ser reconhecido para todas as diferenças temporárias dedutíveis na medida em que seja provável a existência de lucro tributável contra o qual a diferença temporária dedutível possa ser utilizada.

Nesse contexto, considerando as diferenças entre as previsões do CPC 06 (R2) comentadas acima (em que a despesa contábil se refere ao valor da depreciação e dos juros), em relação ao disposto na Lei n. 6.099/1974, na Lei n. 9.249/1995 e na Lei n. 12.973/2014 (cuja dedução na determinação do lucro real se refere ao valor da contraprestação), combinado com o conteúdo do CPC 32, em uma primeira leitura, seria necessário constituir passivos/ativos diferidos. Para tanto, elencamos na sequência um exemplo fictício. Vejamos:

Dados do contrato:

Contrato de arrendamento:	prazo de 05 (cinco) anos
Pagamento anual:	20.000,00 (vinte mil)
Taxa de desconto:	8% (oito por cento)
Método de depreciação:	linear

Reconhecimento Inicial:

Valor presente ¹⁶ dos pagamentos:	79.854,00
--	-----------

¹⁶ O valor presente é um conceito que busca determinar o valor atual de um fluxo de caixa futuro, utilizando uma taxa de desconto. A fórmula básica para calcular o valor presente é: $VP = FV / (1 + r)^n$

Passivo de arrendamento inicial:	79.854,00
Ativo de direito de uso inicial:	79.854,00

Depreciação do ativo de direito de uso:

Prazo de arrendamento:	05 (cinco) anos
Depreciação anual:	método linear
Valor anual:	15.971,00 ($79.854,00 / 5$)

Cronograma do passivo de arrendamento (exemplo para o 1º ano):

Saldo inicial:	79.854,00
Juros no primeiro ano:	6.388,00 ($79.854,00 * 0,08$)
Pagamento:	20.000,00
Amortização principal:	20.000,00 (-) 6.388,00 = 13.612,00
Novo saldo do passivo:	66.242,00 ($79.854,00 - 13.612,00$)

Lançamentos contábeis (1º ano):

Reconhecimento inicial (data de início do arrendamento):

D – Ativo Direito Uso (A):	79.854,00
C – Passivo Arrendamento (P):	79.854,00

Depreciação do ativo (final do 1º ano):

D – Despesa Depreciação (R):	15.971,00
C – Depreciação Acumulada (A):	15.971,00

Juros sobre o passivo (final do 1º ano):

D – Despesa Juros (R):	6.388,00
C – Passivo Arrendamento (P):	6.388,00

Pagamento do arrendamento (final do 1º ano):

D – Passivo de Arrendamento (P):	13.612,00
D – Despesa de Juros (R):	6.388,00
C – Caixa/Bancos (A):	20.000,00

Impacto no resultado do 1º ano:

Despesa total (depreciação + juros): 22.359,00

Com base nas informações acima, temos o seguinte cenário: (i) pagamento de 20.000,00 (vinte mil) correspondente à contraprestação do contrato de arren-

+ $r)^n$, onde: "VP" é o valor presente; "FV" é o valor futuro; "r" é a taxa de desconto; e "n" é o número de períodos.

damento, que não impactou o resultado, contudo é a parcela que a legislação tributária permite ser dedutível na determinação do lucro real (art. 11 da Lei n. 6.099/1974 e art. 47 da Lei n. 12.973/2014); e (ii) impacto no resultado na ordem de 22.359,00 (vinte e dois mil, trezentos e cinquenta e nove), correspondente aos encargos de depreciação e juros, que de acordo com a legislação tributária não são dedutíveis na determinação do lucro real (inciso VIII do art. 13 da Lei n. 9.249/1995 e art. 48 da Lei n. 12.973/2014). Essa diferença demandaria o seguinte ajuste na determinação do lucro real:

(+) Adição (<i>Juros (+) Depreciação</i>)	22.359
(-) Exclusão (<i>Pagamento</i>)	(20.000)
(=) Ajuste líquido base tributável	2.359

Por efeito, nos termos do item 22A do CPC 32, a diferença de 2.359 (dois mil, trezentos e cinquenta e nove) do exemplo acima seria base para o cálculo do diferido¹⁷. No primeiro ano do contrato fictício, a base tributária está inicialmente maior do que a base contábil (aumento da tributação presente e redução da tributação futura), surgindo, portanto, um ativo fiscal diferido (item 5 do CPC 32), cujo cálculo e modelo de contabilização elencamos na sequência:

Cálculo do IRPJ e da CSL Diferido (34% combinados – 25% IRPJ e 9% CSL):

Ativo fiscal diferido: 802,06 (2.359 * 34%)

Lançamento contábil (reconhecimento do ativo fiscal diferido):

D – Ativo fiscal diferido (A): 802,06

C – Receita Tributo Diferido (R): 802,06

A despeito do conteúdo do CPC 32 e da recomendação de contabilização acima, tratar essa diferença dos arrendamentos como uma questão temporária, e, por consequência, ensejadora da constituição de diferido não parece encontrar guarida na própria regra contábil.

Conforme citado no início desse capítulo, o próprio CPC 32 define passivo e ativo fiscal nos seguintes termos: (i) passivo fiscal diferido: valor do tributo sobre o *lucro devido em período futuro* relacionado às diferenças temporárias tributáveis; e (ii) ativo fiscal diferido: valor do tributo sobre o *lucro recuperável em período futuro*.

Ora, os encargos de depreciação e juros oriundos do contrato de arrendamento jamais serão dedutíveis. Ou seja, não haverá tributo recuperável no futuro por conta da vedação de sua utilização na apuração do período corrente que dê

¹⁷ A diferença temporária de 2.359,00 aumenta o lucro tributável no primeiro ano. Contudo, nos períodos seguintes, conforme a evolução contratual, ocorre uma reversão desse cenário.

suporte a constituição de um ativo diferido. Da mesma forma, a dedutibilidade da contraprestação do arrendamento não dá origem a um recolhimento inferior de tributo que dê ensejo à constituição onde um passivo diferido. O próprio manual de contabilidade societária¹⁸ deixa isso claro:

“Se na contabilidade já foram considerados certos custos ou despesas no mês, mas a dedutibilidade para fins do Imposto de Renda só ocorrerá em períodos posteriores, quando efetivamente pagos ou comprovados, a situação será inversa da anterior; há Imposto de Renda pago ou a pagar, mas deve ser apropriado como despesas em períodos posteriores. Isto é, no período em que a despesa está contabilizada, apesar de ainda não dedutível, já se reconhece a redução correspondente na contabilização de despesa do Imposto de Renda, tendo como contrapartida uma conta de ativo denominada Imposto de Renda Diferido no Ativo Não Circulante – Realizável a Longo Prazo, dependendo do prazo para realização do fato gerador. Assim, o passivo fica por seu valor correto, que é o imposto efetivo a pagar, e a despesa de Imposto de Renda fica por valor menor dentro do regime de competência. Nos exercícios seguintes, quando a despesa tornar-se dedutível, essa conta de ativo será baixada a débito de despesa de Imposto de Renda.”

A lógica contábil que ampara a constituição do diferido se baseia no regime de competência. Isso significa que é necessário contrapor às receitas realizadas e registradas todos os custos e despesas a ela correspondente, sob pena de, ao não constituir o diferido, alocar despesa, neste caso tributo, em períodos diferentes dos lucros contabilizados a que se referem.

Contudo, o contrário também deve ser observado (e é isso que, em nossa leitura, o CPC 32 não faz). Constituir diferido em situações que jamais serão dedutíveis no futuro distorce o resultado do corrente e os próprios fatos jurídicos que dão suporte aos lançamentos em questão.

É importante frisar que o presente artigo não busca discutir a autonomia de cada uma das ciências aqui discutidas (contábil e jurídica), porém, quando a contabilidade deixa de ser neutra sobre a realidade, realidade que é regida pelo direito conforme apontado pelo Professor Ricardo Mariz de Oliveira e destacado na parte introdutória do presente artigo, isso acaba por esvaziar os fundamentos que motivaram a convergência aos padrões internacionais (comparabilidade, confiabilidade, entre outros).

4. Considerações finais

Como a legislação tributária (inciso VIII do art. 13 da Lei n. 9.249/1995 e art. 48 da Lei n. 12.973/2014) veda a dedutibilidade dos encargos de depreciação

¹⁸ GELCKE, Ernesto Rubens (et al.). *Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.096.

e dos juros atinentes ao contrato de arrendamento, em verdade, estamos diante de uma diferença permanente, dado que estas rubricas jamais serão aproveitadas como dedução (conclusão amparada pelas próprias definições constantes no item 5 do CPC 32).

Nesse contexto, conforme restou demostrado, a regra contábil (CPC 32) trata uma diferença, em nossa leitura permanente, como temporária. Isso porque, a partir da imposição da necessidade de constituição do diferido sobre as diferenças da contraprestação do arrendamento mercantil em relação aos encargos de depreciação e aos juros pagos do bem objeto do contrato (CPC 06 (R2)), a regra contábil acaba por impactar as demonstrações, de forma a, inclusive, desrespeitar o regime de competência que norteia, regra geral, os registros contábeis.

5. Referências

- BIFANO, Elidie Palma. Arrendamento: normas internacionais de contabilidade (IFRS) e seus aspectos jurídico-tributários à luz do CPC 06 (R2). In: CHARNESKI, Heron; FAJERSZTAJN, Bruno; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da (coord.). *Normas internacionais de contabilidade e tributação*. São Paulo: IBDT/Fipecafi, 2023.
- BRASIL. *Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974*. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6099.htm.
- BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as sociedades por ações. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977*. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1598.htm.
- BRASIL. *Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. Altera e revoga dispositivos da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm.
- BRASIL. *Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm.
- BRASIL. *Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Mpv/mpv627.htm.
- BRASIL. *Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Conteúdo disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Técnico CPC 06 (R2)*. Arrendamento. Conteúdo disponível em: https://s3.sa-east-1.amazonaws.com/static.cpc.aatb.com.br/Documentos/533_CPC_06_R2_rev%2023.pdf.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Técnico CPC 32*. Arrendamento. Conteúdo disponível em: https://s3.sa-east-1.amazonaws.com/static.cpc.aatb.com.br/Documentos/340_CPC_32_rev%2024.pdf.

FERNANDES, Edison Carlos. *Direito e contabilidade: fundamentos do direito contábil*. São Paulo: Trevisan, 2015.

GELCKE, Ernesto Rubens (et al.). *Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda (2020)*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I e II.

SANTOS, Mateus Alexandre Costa dos. *Contabilidade tributária: um enfoque nos IFRS e na legislação do IRPJ*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual de tributação direta da renda*. São Paulo: IBDT, 2020.

A Função Extrafiscal do Imposto Seletivo sob a Ótica da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Extrafiscalidade Tributária

The Extrafiscal Function of the Selective Tax from the Perspective of the Jurisprudence of the Federal Supreme Court on Extrafiscality of Taxation

Deivison Roosevelt do Couto

Mestrando em *Compliance* pela Ambra University – Orlando, FL-EUA. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso e Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Conselheiro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Tributários de Cuiabá (CART). Assessor jurídico de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (2006/2010).

Advogado em Cuiabá/MT. E-mail: deivison@prado-advogados.com.

Recebido em: 9-5-2025 – Aprovado em: 20-6-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.5.2025.2758>

Resumo

O artigo examina a função extrafiscal do Imposto Seletivo (IS), instituído pela Emenda Constitucional n. 132/2023 e regulamentado pela Lei Complementar n. 214/2025, no contexto da reforma tributária brasileira. Analisa-se a incidência do IS sobre bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, destacando seu papel na indução de comportamentos e proteção de direitos fundamentais. Distingue-se a finalidade extrafiscal da arrecadatória, abordando fundamentos constitucionais e a jurisprudência do STF sobre a extrafiscalidade tributária. Discutem-se ainda desafios atuais, como a necessidade de avaliações periódicas do tributo, riscos de incremento do mercado ilícito e a importância de mecanismos de governança e controle social. Conclui-se que o IS constitui avanço na utilização de tributos como instrumentos de política pública, promovendo o desenvolvimento sustentável e o bem-estar coletivo, desde que observados os limites constitucionais e a eficácia dos instrumentos de monitoramento.

Palavras-chave: reforma tributária, Imposto Seletivo, função extrafiscal, saúde e meio ambiente, STF.

Abstract

This article analyzes the extrafiscal function of the Selective Tax (IS), created by Constitutional Amendment No. 132/2023 and regulated by Supplementary Law No. 214/2025, within Brazil's tax reform context. It examines the

IS's incidence on goods and services harmful to health and the environment, highlighting its role in encouraging behavioral change and safeguarding fundamental rights. The study distinguishes between extrafiscal and revenue-raising aims, addressing constitutional grounds and Supreme Federal Court (STF) jurisprudence on tax extrafiscality. It also discusses challenges such as the need for regular tax performance reviews, risks of expanding illicit markets, and the importance of governance and social control mechanisms. The article concludes that the IS represents progress in employing taxation as a public policy tool, fostering sustainable development and collective well-being, provided that constitutional limits and effective monitoring are observed.

Keywords: Tax Reform, Selective Tax, extrafiscal function, health and environment, STF.

1. Introdução

O presente artigo propõe-se a analisar a função extrafiscal do Imposto Seletivo (IS) sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a extrafiscalidade tributária. Embora ainda não existam julgados específicos da Corte acerca desse imposto, examinar o entendimento do STF sobre a extrafiscalidade tributária permite avaliar se o novo tributo observa as balizas constitucionais.

Criado pela Emenda Constitucional (EC) n. 132/2023 (Brasil, 2023) e regulamentado pela Lei Complementar (LC) n. 214/2025 (Brasil, 2025), o IS incide sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos do art. 153, VIII, da CF/1988 (Brasil, 1988).

Para além da função arrecadatória, verifica-se que o IS, que passará a ser exigido a partir de 2027, assume notável papel extrafiscal ao tributar condutas consideradas lesivas à coletividade, perseguindo objetivos de política pública na proteção da saúde e do meio ambiente. Diante disso, adquire especial relevância o exame de sua aplicação e dos limites constitucionais ao poder de tributar, especialmente sob a ótica da jurisprudência do STF.

Nessa linha, o artigo se desenvolverá em capítulos temáticos que buscam aprofundar a análise da função extrafiscal do Imposto Seletivo (IS), sempre sob a perspectiva da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Capítulo 2 se dedica à análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, explorando sua centralidade no texto constitucional e a importância crescente desse valor para a ordem jurídica brasileira. Discutem-se os fundamentos, os desdobramentos legais e a incorporação do princípio da defesa do meio ambiente ao sistema tributário nacional, preparando o terreno conceitual e normativo para debates posteriores sobre mecanismos de proteção ambiental.

O Capítulo 3 volta-se ao estudo do direito fundamental à saúde, tratando de sua previsão constitucional, seus fundamentos e diretrizes para as políticas públicas. Examina-se o conteúdo do direito à saúde, as obrigações do Estado e da coletividade para sua promoção.

O Capítulo 4 investiga o conceito de extrafiscalidade tributária e sua materialização na ordem constitucional, diferenciando a função extrafiscal da arrecadatória e identificando alguns exemplos já consolidados no sistema tributário nacional.

No Capítulo 5, examina-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a extrafiscalidade tributária, sobretudo os parâmetros admitidos pela Corte para o uso de tributos para fins não estritamente arrecadatórios.

O Capítulo 6 apresenta as disposições preliminares e normas gerais do IS trazidas pela Lei Complementar n. 214/2025, detalhando sua estrutura normativa, incidências, não incidências e outros aspectos gerais, de modo a oferecer ao leitor a instrumentalização legal do imposto.

No Capítulo 7, realiza-se a análise central do artigo, promovendo um diálogo entre as diretrizes constitucionais, a legislação do IS e os limites e possibilidades identificados pela jurisprudência do STF quanto ao emprego legítimo da extrafiscalidade tributária.

Por fim, a conclusão retoma as principais ideias e propõe uma avaliação crítica sobre o uso do IS como instrumento de transformação social e de proteção de direitos fundamentais no contexto brasileiro contemporâneo.

A metodologia adotada é qualitativa, com enfoque dogmático e analítico. O artigo realiza pesquisa teórico-jurídica, amparada em análise normativa da Constituição Federal, da EC n. 132/2023 e da Lei Complementar n. 214/2025, bem como exame crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre extrafiscalidade tributária. A abordagem dá ênfase à interpretação sistemática e constitucional do tema, privilegiando a relação entre normas e valores, direitos fundamentais e políticas públicas, sem recorrer a pesquisa empírica ou levantamento quantitativo.

A análise busca, em cada capítulo, identificar as premissas normativas relevantes, os fundamentos constitucionais e os principais parâmetros judiciais, de modo a construir uma apreciação crítica rigorosa do tema proposto.

2. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e o princípio tributário da defesa do meio ambiente

Em 2023, a temperatura média do planeta ficou 1,45 °C acima dos níveis observados antes da era industrial, com uma margem de erro de $\pm 0,12$, fazendo daquele ano o mais quente já registrado, ultrapassando os picos anteriores alcançados em 2016 e 2020 (Peixoto, 2024, n.p.).

As mudanças climáticas representam um desafio ambiental de alcance mundial, mas, lamentavelmente, não é o único problema. A deterioração dos ecossistemas, evidenciada por fenômenos como o desmatamento, a contaminação ambiental e a diminuição da biodiversidade, torna a situação ainda mais preocupante (Galindo; Zenkner; Kim, 2023, p. 32).

Para se ter uma ideia, segundo o Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Amazon), o desmatamento na Amazônia Legal registrou um aumento de 68% em janeiro de 2025 em comparação com o mesmo mês do ano anterior, totalizando 133 km² de área florestal destruída (Amazon, 2025, n.p.).

Diante desse panorama, a proteção ambiental é medida urgente e fundamental para a própria sobrevivência da humanidade, o que faz do desenvolvimento responsável e sustentável a única escolha das comunidades, das empresas e dos Estados.

O desenvolvimento sustentável destaca a importância de integrar progresso econômico com a proteção do meio ambiente. Nos dias de hoje, torna-se indispensável adotar práticas de produção e desenvolvimento que considerem a preservação ambiental como um bem comum, garantindo sua conservação para as gerações presentes e futuras (Côrrea e Gomes, 2011, p. 182).

Nesse particular, nos termos do que prescreve o art. 225, § 1º, V, da CF/1988, cabe ao Poder Público regulamentar a produção, a comercialização e o uso de técnicas, métodos e substâncias que possam representar risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente, cuja defesa, saliente-se, também constitui um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI, da CF/1988).

E não poderia ser diferente, pois a norma constitucional expressamente consigna que todas as pessoas possuem o direito de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso coletivo e essencial para uma vida saudável. Tanto o Poder Público quanto a sociedade têm a obrigação de proteger e conservar o meio ambiente, garantindo essa preservação para as atuais e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/1988). Trata-se, como se vê, de um direito-dever conferido à coletividade, com caráter democrático-participativo.

Para garantir a efetividade desse direito fundamental, a CF/1988, em seu art. 225, § 1º, incisos I a VIII, estabelece uma série de medidas como, por exemplo, a exigência de estudos de impacto ambiental e a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

E o direito a um meio ambiente saudável para uma vida digna, segundo entendimento do STF, exarado na ADI 4.717/DF (Relatora a Ministra Cármel Lúcia), constitui núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja violação implica em ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental (Brasil, 2019, p. 2).

A Suprema Corte, ao julgar o RE 654.833/AC (Relator o Ministro Alexandre de Moraes), concluiu que o meio ambiente precisa ser reconhecido como um patrimônio compartilhado por toda a humanidade, assegurando-se sua proteção completa, com atenção especial às próximas gerações. O Estado deve orientar todas as suas ações para garantir uma proteção abrangente, tanto por meio da legislação interna quanto pela adesão a acordos e tratados internacionais voltados à defesa desse direito humano fundamental de terceira geração, objetivando evitar que interesses individuais comprometam bens ou recursos naturais de importância coletiva (Brasil, 2020, p. 2).

No campo tributário, a defesa do meio ambiente surge como princípio do sistema tributário nacional, demonstrando o esforço do Brasil com a preservação ambiental, inclusive por meio da tributação.

O país, infelizmente, ainda figura entre as nações que enfrentam grandes desafios na redução dos impactos ambientais. Nesse contexto, a inclusão da proteção ambiental entre os princípios constitucionais que direcionam o sistema tributário nacional representa um passo significativo para melhorar esse cenário (Maciel e Murayama, 2024, n.p.).

Sem dúvida, o princípio da defesa do meio ambiente marca uma nova fase na legislação tributária brasileira. Pela primeira vez, o sistema tributário nacional tem um papel explícito na preservação ambiental, alinhando-se com tendências globais de sustentabilidade. A reforma tributária, ao embasar-se nesse novo princípio, pode transformar a economia do país, criando incentivos para práticas mais ecológicas e penalizando atividades que causam danos ambientais. Esse avanço fortalece o compromisso do Brasil com a sustentabilidade e promove uma transição econômica para um desenvolvimento mais justo e equilibrado (Letícia, 2024, n.p.).

Convém enfatizar que essa inovação demonstra um avanço significativo, pois coloca a sustentabilidade no centro das decisões econômicas do país. Ao potencializar a defesa do meio ambiente, instituindo-o, também, como um princípio do sistema tributário nacional, o Brasil dá um importante passo rumo a um desenvolvimento mais consciente e responsável. Assim, esse movimento não só sinaliza o compromisso nacional com as gerações futuras, mas também sintoniza o país com políticas internacionais que buscam uma harmonia maior entre crescimento econômico e preservação ambiental.

3. A saúde como direito fundamental

A Ministra Cármem Lúcia, ao examinar a ADPF 910/DF, consignou que o princípio da preservação ambiental está diretamente relacionado aos direitos fundamentais à vida e à saúde. Modificações no equilíbrio dos ecossistemas e danos ao desenvolvimento sustentável impactam de forma direta as pessoas, in-

fluenciando não apenas sua qualidade de vida, mas também seu bem-estar físico, mental, social e emocional (Brasil, 2023, p. 27).

Conforme inteligência que se extrai do art. 196 da CF/1988, a saúde é um direito assegurado a todas as pessoas, cabendo ao Estado garantí-la por meio de políticas sociais e econômicas que busquem diminuir os riscos de doenças e outros problemas. Essas medidas devem assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços e ações voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nessa linha, a Lei Orgânica da Saúde (Brasil, 1990) exerce papel crucial, pois estabelece as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organizando e regulamentando os serviços de saúde, incluindo o SUS (Serviço Único de Saúde).

O compromisso do Estado em assegurar a saúde, frise-se, traduz-se na elaboração e implementação de políticas econômicas e sociais voltadas para a diminuição dos riscos de doenças e de outros problemas de saúde, bem como na criação de condições que garantam a todos, de maneira universal e igualitária, o acesso às ações e aos serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.080/1990).

Não é à toa que, em eventual conflito entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o STF já firmou entendimento (ARE 801.676 AgR/PE, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso) de que a ponderação de valores deve necessariamente se dar em favor da tutela do direito à vida, assegurando sua prevalência sobre questões meramente administrativas ou patrimoniais (Brasil, 2014, p. 1).

É preciso ressaltar, no entanto, que o risco de grave lesão à saúde pública deve ser sopesado, sobretudo quando há ameaça à manutenção das próprias políticas públicas de saúde, com possibilidade de desestruturar o funcionamento da administração e dificultar a distribuição eficiente dos limitados recursos disponíveis. Essa questão, saliente-se, foi levada em consideração pela Suprema Corte ao negar o fornecimento do Zolgensma – considerado o remédio mais caro do mundo, que foi incorporado ao Sistema Único de Saúde, por meio da Portaria SCTIE/MS n. 172, de 6 de dezembro de 2022, para o tratamento de pacientes com atrofia muscular espinhal tipo 1, de até 6 meses de idade, com peso inferior a 8,4 kg e que estejam fora de ventilação invasiva acima de 16 horas. No caso (STP 1.004 AgR, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso), saliente-se, o remédio foi solicitado à margem do citado regramento (Brasil, 2024, p. 1 e 2).

A saúde, averbe-se, constitui um direito social de natureza fundamental (art. 6º da CF/1988) e, conforme o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, contempla o pleno bem-estar físico, mental e social, indo além da simples ausência de enfermidades ou doenças (OMS, 1946). Portanto, por ser um bem jurídico constitucionalmente tutelado, deve ser perseguida, até porque, con-

forme prescreve o art. 3º da Lei n. 8.080/1990, os níveis de saúde expressam a organização econômica e social do Brasil.

4. Extrafiscalidade tributária: conceito, função e aplicações

O Direito Tributário atualmente é construído a partir de uma rede diversificada de normas, composta tanto por leis elaboradas pelo Legislativo, quanto por regulamentos emitidos pelo Executivo e decisões judiciais de caráter vinculante. Além dessas bases estatais, o campo também sofre influência significativa de fontes externas, como diretrizes de organismos internacionais – por exemplo, a OCDE – e padrões estabelecidos por agentes econômicos, no âmbito nacional e global. Dentro desse contexto, o tributo constitui o principal meio de financiamento para estruturar a sociedade e promover o interesse coletivo. Já faz tempo que o Estado deixou de atuar como proprietário ou gestor de atividades industriais e comerciais, transformando-se em um Estado Fiscal – cuja sustentação se baseia principalmente na cobrança de impostos (Fonseca, 2019, p. 2 e 3).

E conforme inteligência que se extrai do art. 3º do Código Tributário Nacional (Brasil, 1966), os tributos são obrigações financeiras impostas pelo Estado, pagas em dinheiro ou valor equivalente, que não têm caráter de penalidade por ato ilícito, sendo criadas por lei e arrecadadas por meio de procedimento administrativo definido pela legislação.

Sobre o tema, Duarte (2013, p. 70) anota que, entre as diversas fontes de arrecadação que o Estado obtém em razão de seu poder soberano, o tributo se sobressai. É justamente esse o foco principal do Direito Tributário, ramo do Direito Público caracterizado por normas obrigatórias. Esse ramo se dedica a regular as relações jurídicas entre quem tem o direito de exigir o pagamento do tributo e quem tem o dever legal de realizá-lo, conforme definido pelo próprio conceito de tributo.

É sabido que a doutrina utiliza diferentes critérios para elaborar uma classificação dos tributos, considerando múltiplos parâmetros para essa organização, contudo, este capítulo abordará, de modo específico e breve, a extrafiscalidade tributária, que está ligada à classificação dos tributos quanto à finalidade ou função.

A extrafiscalidade tributária ocorre quando o tributo é empregado com propósitos que extrapolam a simples arrecadação de recursos. Embora a principal função dos tributos seja fornecer receitas para sustentar as despesas do Estado, ao exercer o papel extrafiscal, o tributo passa a ser utilizado como instrumento para atingir objetivos diversos, e não apenas para financiar as atividades estatais (Barreto, 2017, n. p.).

O tributo com finalidade extrafiscal funciona como um instrumento que pode incentivar ou desestimular certos comportamentos, buscando promover transformações nas esferas política, social e econômica. Assim, caracteriza-se a

extrafiscalidade quando a utilização do tributo ultrapassa o objetivo arrecadatório, direcionando-se principalmente a interesses de natureza social, econômica ou política (Lima, 2012, p. 218).

Para Carvalho (2021, p. 258), a extrafiscalidade tributária se manifesta no emprego de disposições tributárias com o propósito de alcançar metas que transcendem a mera arrecadação financeira, priorizando outros objetivos. Consequentemente, o arcabouço jurídico que regula essa prática deve ser idêntico ao das demais imposições tributárias. Isso significa que, ao estabelecer finalidades extrafiscais, o legislador deve aderir estritamente aos preceitos constitucionais, respeitando os limites de sua competência e os princípios tributários, tanto os explícitos quanto os implícitos. É inadequado falar em um regime diferenciado, pois o instrumento jurídico utilizado é sempre o mesmo, mudando apenas o propósito de sua aplicação.

Ao discorrer sobre a extrafiscalidade tributária, Júnior e Schoueri (2017, p. 16) tratam-na como função indutora de normas tributárias, justificada na intervenção estatal sobre o domínio econômico.

A extrafiscalidade tributária consiste no emprego estratégico e intencional do mecanismo tributário, não apenas para gerar receita, mas como um instrumento regulatório que visa ordenar e influenciar condutas sociais nos âmbitos econômico, social e político (Ataliba, 1968, p. 150 e 151).

Percebe-se, então, que a extrafiscalidade transforma o tributo em um verdadeiro instrumento de intervenção estatal, indo além do mero financiamento das contas públicas. Ao explorar a capacidade dos tributos de orientar condutas, o Estado assume um papel mais ativo na construção de políticas públicas, podendo corrigir distorções sociais, fomentar setores estratégicos da economia e promover justiça social.

No direito tributário brasileiro, é comum o uso de medidas extrafiscais. O comércio exterior, por exemplo, é fortemente condicionado pela tributação, que pode ser ajustada tanto para proteger a indústria nacional e o mercado interno quanto para incentivar exportações, como se verifica nos impostos de importação (II) e exportação (IE).

Outra aplicação da extrafiscalidade tributária é observada na tributação sobre bens imóveis, que aparece associada ao princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/1988), segundo o qual o proprietário é incentivado a dar uma destinação adequada ao bem, promovendo benefícios coletivos e contribuindo para políticas de redistribuição e desenvolvimento urbano e rural. Dentro desse cenário, a progressividade do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) e do ITR (Imposto Territorial Rural) se destaca como estratégia importante para desestimular a posse de propriedades que não sejam devidamente aproveitadas ou que permaneçam improdutivas, o que revela a função extrafiscal dos citados tributos no particular.

Em regra, todos os tributos possuem tanto uma finalidade arrecadatória quanto uma capacidade de influenciar comportamentos, distinguindo-se apenas pela maior ênfase atribuída a uma dessas funções em cada contexto específico.

A extrafiscalidade tributária, portanto, amplia o papel do tributo, tornando-o uma ferramenta de intervenção capaz de orientar condutas e promover objetivos sociais, econômicos ou políticos. Por isso, o uso extrafiscal dos tributos demonstra como a política fiscal pode ser estrategicamente utilizada para atender demandas específicas da sociedade, desde que respeitados os princípios constitucionais e a finalidade pública.

5. Extrafiscalidade tributária sob a ótica do STF

O STF, a quem compete, precípuamente, a guarda da Constituição Federal (art. 102, *caput*, da CF/1988) já teve várias oportunidades de enfrentar o tema da extrafiscalidade tributária e é isso que será tratado nesse capítulo.

Ao julgar a ADI 4.787/AP (Relator o Ministro Luiz Fux), o Pleno do STF pontuou que a extrafiscalidade alberga aquelas imposições financeiras que buscam orientar ou desestimular determinadas condutas dos cidadãos, anteriormente visto como expressão econômica do poder de polícia. Para o eminentíssimo Ministro, é admitido que tributos com finalidade extrafiscal possam, em certas situações, extrapolar alguns limites constitucionais relacionados ao poder de tributar, desde que haja fundamentação na política administrativa adotada, inclusive quando exercida por meio do poder de polícia (Brasil, 2022, p. 1-7).

Segundo ainda esse mesmo julgado, a utilização dessa estratégia reflete, na verdade, a prevalência de uma política pública específica em relação a certas limitações impostas ao poder estatal, as quais, por si só, não se mostraram eficazes para alcançar objetivos mais amplos. O que se destaca nesses casos é a busca por otimizar os benefícios coletivos por meio do estímulo ou da restrição de certas condutas individuais, bem como o fortalecimento da capacidade de fiscalização exercida pela Administração Pública (Brasil, 2022, p. 1-7).

As argumentações jurídico-constitucionais contidas na ADI 4.787/AP evidenciam a relevância da extrafiscalidade como instrumento de orientação e controle de comportamentos sociais através dos tributos. Ao admitir que, fundamentados em políticas administrativas claras, tributos extrafiscais possam ultrapassar certos limites constitucionais, o entendimento revela a importância de flexibilizar a atuação estatal em prol do interesse público. Essa abordagem enfatiza que, diante da ineficácia de restrições mais rígidas, é legítimo valer-se do potencial normativo dos tributos para induzir comportamentos, consolidando-os como mecanismos de maximização do bem-estar coletivo e de fortalecimento da função fiscalizadora do Estado.

Para a Segunda Turma da Suprema Corte, ao julgar o RE 466.312 AgR/RJ (Relator o Ministro Joaquim Barbosa), ressalte-se, o efeito extrafiscal e a adapta-

ção do tributo à capacidade contributiva não se limitam à alteração das alíquotas, podendo a própria graduação da base de cálculo também ser utilizada nesse sentido (Brasil, 2011, p. 81).

Noutra oportunidade, ao julgar a ADI 1.643 (Relator o Ministro Maurício Corrêa), o Tribunal Pleno Supremo Tribunal Federal decidiu que a diferenciação legal entre microempresas e empresas de pequeno porte com diferentes capacidades contributivas não viola o princípio da isonomia tributária quando tal distinção é motivada por objetivos extrafiscais, considerando constitucional a legislação (art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317) excluir do regime simplificado do Simples Nacional as empresas cujos proprietários possuem condições econômicas suficientes para competir no mercado sem necessitar de benefícios estatais (Brasil, 2003, p. 32).

Ainda sobre os limites ao poder de tributar, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, ao julgar a RE 656.089/MG (Relator o Ministro Dias Toffoli), analisando o alcance do art. 195, § 9º, da CF/1988, especificamente em relação à diferenciação de alíquotas decorrente da atividade econômica, não reconheceu a existência de afronta aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação de confisco, por entender existir embasamento extrafiscal, devendo nessa situação, em verdade, ser respeitada a proporcionalidade, a razoabilidade e o postulado da vedação do excesso (Brasil, 2019, p. 199-201).

Com efeito, esse conjunto de entendimentos jurisprudenciais revela uma Corte atenta tanto à necessidade de preservar as garantias fundamentais dos contribuintes quanto à importância de dotar o Estado de instrumentos eficazes para a implementação de políticas públicas através da tributação. A extrafiscalidade emerge, assim, como ponto de convergência entre o direito tributário e os objetivos constitucionais mais amplos, demonstrando a vitalidade da Constituição como instrumento de transformação social e econômica.

Merece destaque a percepção do STF de que a extrafiscalidade representa uma manifestação da dimensão intervintiva do Estado contemporâneo, que não se limita apenas a arrecadar recursos, mas busca ativamente direcionar o comportamento dos agentes econômicos para a consecução de fins constitucionalmente valiosos. Esta abordagem reflete uma compreensão sofisticada do papel dos tributos na ordem econômica e social, reconhecendo seu potencial normativo e indutivo.

Observa-se, ainda, que o Supremo tem construído uma dogmática que reconhece diferentes graus de intensidade na aplicação dos princípios limitadores do poder de tributar quando confrontados com objetivos extrafiscais. Não se trata de afastar tais princípios, mas de reinterpretá-los à luz da finalidade regulatória que determinados tributos podem assumir, estabelecendo parâmetros de controle diferenciados que levam em consideração a especificidade desses instrumentos.

6. Imposto Seletivo: disposições preliminares e normas gerais

Este capítulo tem como objetivo contextualizar o leitor sobre o tema central deste artigo, sem pretensão de esgotamento, abordando as disposições preliminares e algumas das normas gerais do IS.

Coube, repita-se, à LC n. 214/2025 instituir o IS que, nos termos do disposto no art. 409 desta legislação, incide sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, uma única vez (regime monofásico), vedado o aproveitamento ou geração de crédito do imposto, respectivamente, com operações anteriores ou para operações posteriores.

O IS não incide sobre as operações com energia elétrica e com telecomunicações, bem como sobre os bens e serviços cujas alíquotas sejam reduzidas nos termos do art. 9º, § 1º, da EC n. 132/2023 (art. 413, incisos II e III, da LC n. 214/2025).

O imposto não incide, também, no fornecimento de bens com o fim específico de exportação a empresa comercial exportadora (art. 426 da LC n. 214/2025), que atenda, os critérios do art. 82, incisos I a V, da LC n. 214/2025. Apesar de ser tratada como não incidência pela legislação complementar, a hipótese, em verdade, constitui imunidade tributária prevista no art. 153, § 6º, I, da CF/1988.

E o que são considerados bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente para fins de incidência do IS?

A LC n. 214/2025, em seu art. 409, § 1º, incisos I a VII, responde a essa questão, estabelecendo que são os bens classificados nos códigos da NCM/SH e o carvão mineral, e os serviços listados no Anexo XVII, referentes a: (i) veículos; (ii) embarcações e aeronaves; (iii) produtos fumígenos; (iv) bebidas alcoólicas; (v) bebidas açucaradas; (vi) bens minerais; e (vii) concursos de prognósticos e *sport* (Brasil, 2025).

Cabe destacar que os produtos fumígenos e as bebidas alcoólicas ficam sujeitos ao IS quando estão embalados em recipientes primários, ou seja, aqueles que entram em contato direto com o produto e se destinam ao consumidor final.

Para Vale (2024, n.p.), o IS, também conhecido como imposto do pecado, tem por finalidade desencorajar a utilização desses bens e serviços tidos como prejudiciais.

Em relação ao fato gerador do IS, segundo o art. 412, incisos I a VIII, da LC n. 214/2025, considera-se ocorrido: (i) no primeiro fornecimento a qualquer título do bem, inclusive decorrente dos negócios jurídicos de compra e venda, troca ou permuta, dação em pagamento e demais espécies de alienação, locação, licenciamento, concessão, cessão, mútuo oneroso, doação em contraprestação em benefício do doador, instituição onerosa de direitos reais, arrendamento, inclusive mercantil e prestação de serviços; (ii) da arrematação em leilão público; (iii) da transferência não onerosa de bem produzido; (iv) da incorporação do bem ao ativo

imobilizado pelo fabricante; (v) da extração de bem mineral; (vi) do consumo do bem pelo fabricante; (vii) do fornecimento ou do pagamento do serviço, o que ocorrer primeiro; ou (viii) da importação de bens e serviços (Brasil, 2025).

E considerando essas hipóteses, a lei complementar de regência (Brasil, 2025) considera como contribuintes desse imposto o fabricante (a primeira comercialização, na incorporação do bem ao ativo imobilizado, na tradição do bem em transação não onerosa ou no consumo do bem), o importador (na entrada do bem de procedência estrangeira no território nacional), o arrematante, o produtor-extrativista e o fornecedor do serviço, ainda que residente ou domiciliado no exterior, na hipótese de concursos de prognósticos e *fantasy sport* (art. 424, incisos I a V, da LC n. 21/2025).

É preciso pontuar que quando os produtos sujeitos ao Imposto Seletivo circularem sem a documentação fiscal adequada, a lei complementar em estudo atribui, conforme o caso, responsabilidade tributária ao transportador, ao possuidor e aos proprietários desses bens. Além disso, é prevista a seguinte hipótese de solidariedade: o fabricante que tenha concorrido de qualquer forma com o proprietário, o possuidor, o transportador ou qualquer outro detentor de produtos nacionais saídos daquele com imunidade para exportação, encontrados no país em situação diversa (Brasil, 2025).

No que diz respeito à base de cálculo, variará conforme a operação realizada, podendo ser: (i) o valor de venda; (ii) o valor de arremate; (iii) o valor de referência; (iv) o preço de venda no varejo; (v) na incorporação de bens ao ativo imobilizado pelo fabricante, a base de cálculo será o valor contábil; (vi) nos serviços de prognósticos e *fantasy sport*, a base de cálculo será a receita própria da entidade (Brasil, 2025).

Em relação às alíquotas, estas serão fixadas por lei ordinária, que ainda, frise-se, não foi editada, no entanto, a LC n. 214/2005 estabeleceu alguns parâmetros.

No caso de veículos, as alíquotas a serem estabelecidas serão graduadas conforme os critérios previstos no art. 419, incisos I a X, da LC n. 214/2025, a saber: (i) potência do veículo; (ii) eficiência energética; (iii) desempenho estrutural e tecnologias assistivas à direção; (iv) reciclagem de materiais; (v) pegada de carbono; (vi) densidade tecnológica; (vii) emissão de dióxido de carbono (eficiência energético-ambiental), considerado o ciclo do poço à roda; (viii) reciclagem de veicular; (ix) realização de etapas fabris no País; e (x) categoria do veículo (Brasil, 2025).

Quando os automóveis de passageiros forem adquiridos por pessoas com deficiência, com transtorno do espectro autista ou por motoristas profissionais que destinem o automóvel à utilização como táxi, com cada particularidade devidamente reconhecida pela Receita Federal do Brasil (RFB), a alíquota do IS ficará reduzida zero, conforme art. 420, LC n. 214/2025 (Brasil, 2025).

No caso das aeronaves e embarcações, as alíquotas a serem estabelecidas poderão ser graduadas conforme critérios de sustentabilidade ambiental nos termos da lei ordinária, que também poderá prever alíquota zero nas hipóteses de zero emissão de dióxido de carbono ou alta eficiência energético-ambiental, nos termos do art. 421, LC n. 214/2025 (Brasil, 2025).

Nos demais produtos sujeitos ao Imposto Seletivo, as alíquotas serão aquelas previstas em lei ordinária, observando as prescrições dos arts. 419 e 420 da LC n. 214/2025 (art. 422 da LC n. 214/2025).

É importante destacar que, nas operações com bens minerais extraídos, as alíquotas do IS respeitarão o percentual máximo de 0,25%.

Esses foram, portanto, os principais destaques realizados para a compreensão geral do IS. Como se vê, o imposto foi estruturado pela legislação complementar com caráter regulatório, objetivando inibir o consumo de bens e serviços prejudiciais ao meio ambiente ou à saúde.

7. Imposto Seletivo: análise da função extrafiscal do imposto à luz da jurisprudência do STF sobre a extrafiscalidade tributária

Depois de discorrer sobre os direitos fundamentais ao meio ambiente ecológicamente equilibrado e à saúde, sobre a defesa do meio ambiente como princípio do sistema tributário nacional, sobre o conceito da extrafiscalidade tributária e sobre os precedentes do STF sobre esta temática, chega-se, agora, ao objetivo central deste artigo: analisar a função extrafiscal do IS sob a ótica da jurisprudência da Suprema Corte sobre a extrafiscalidade tributária.

Embora ainda não existam julgados específicos da Suprema Corte acerca do imposto em debate, examinar o entendimento do STF sobre a extrafiscalidade tributária permite avaliar se o novo tributo observa as balizas constitucionais.

Com efeito, a partir da leitura da ADI 4.787/AP, é possível verificar que o IS possui nítida função extrafiscal, uma vez que visa desestimular o consumo de bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, referentes a: (i) veículos; (ii) embarcações e aeronaves; (iii) produtos fumígenos; (iv) bebidas alcoólicas; (v) bebidas açucaradas; (vi) bens minerais; e (vii) concursos de prognósticos e *fantasy sport*.

E isso porque, no citado precedente, o Pleno do STF pontuou que a extrafiscalidade engloba as imposições financeiras que têm como objetivo orientar ou desencorajar certas condutas dos cidadãos, o que se observa na forma como o IS foi estruturado pela LC n. 214/2025.

E a especificação dos bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, fixados no art. Art. 409, § 1º, incisos I a VII, da LC n. 214/2025, para fins de incidência do IS, saliente-se, não tem o objetivo de separar as materialidades tributárias, mas sim criar um parâmetro distintivo para a tributação de caráter ex-

trafiscal que se distancia do princípio da capacidade contributiva (Folloni, 2024, p. 623).

Observa-se que a reforma tributária implementou no ordenamento tributário brasileiro os tributos sobre pecados, considerando que o fato gerador do IS está diretamente relacionado a produtos e serviços reconhecidos como nocivos tanto para a saúde quanto para o meio ambiente. Fica evidente, portanto, que o IS se configura como uma tributação de natureza predominantemente extrafiscal, cujos fundamentos constitucionais necessitam ser rigorosamente respeitados quando de sua regulamentação por lei complementar (Pinto, 2025, p. 107).

A tributação diferenciada do IS recai estrategicamente sobre bens e serviços que produzem externalidades negativas significativas, como é o caso dos produtos derivados do tabaco, das bebidas com teor alcoólico e outros similares. A intenção fundamental não se restringe à obtenção de receitas para o Estado, mas configura-se como um instrumento de política pública voltado à promoção da saúde coletiva e à preservação ambiental, na esteira do que vem decidindo o STF.

Para Cavalcanti (2025, p. 277), o IS representa uma inovação que se diferencia dos tributos do tipo IVA – como o IBS e a CBS no contexto brasileiro –, já que estes visam essencialmente à arrecadação e incidem de modo geral e uniforme sobre o consumo. O IS, por sua vez, possui natureza extrafiscal, sendo utilizado para desencorajar o consumo de produtos e serviços considerados danosos à sociedade ou ao meio ambiente, especialmente quando associados a impactos negativos, como ocorre com cigarros, bebidas alcoólicas, entre outros.

O bem-estar físico, mental, social e emocional (saúde), além de um meio ambiente limpo e saudável, são direitos consagrados na CF/1988 como direitos fundamentais, razão por que devem ser tutelados incondicionalmente. Assim, insista-se, quando o IS é utilizado para tributar bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, o bem-estar coletivo é maximizado, como ponderado pelo Ministro Luiz Fux, do Tribunal Pleno STF, quando do julgamento da ADI 4.787/AP.

Como visto no início do artigo, as mudanças climáticas e a deterioração dos ecossistemas são desafios globais. O desmatamento na Amazônia Legal, por exemplo, registrou um aumento de 68% em janeiro de 2025 (Amazon, 2025).

Artigo de Mauro Bologna & Gerardo Aquino intitulado “Deforestation and world population sustainability: a quantitative analysis”, publicado em julho de 2020 pela Nature, uma das revistas mais conceituadas do mundo, afirma que, com o desmatamento no ritmo atual, humanidade será extinta em até 40 anos (Tunes, 2020, n.p.).

Veja o tabagismo, por exemplo, um problema de saúde pública. Segundo relatório da OMS sobre a epidemia global de tabagismo 2023, aproximadamente 1,3 milhão de pessoas morrem anualmente devido ao fumo passivo (Nações Unidas, 2023, n.p.)

Portanto, toda política pública visando proteger o meio ambiente e a saúde é bem recebida, inclusive por meio de tributação com caráter extrafiscal, caso do IS.

Pelo que se observa das disposições preliminares e normas gerais do IS contido na LC n. 214/2025, é possível verificar que serão fixadas alíquotas diversas por lei ordinária, que serão ou poderão ser graduadas conforme critérios, por exemplo, de sustentabilidade ambiental, pegada de carbono, densidade tecnológica, emissão de dióxido de carbono (eficiência energético-ambiental), dentre outros.

A existência de alíquotas diversas e a graduação conforme critérios estabelecidos na legislação complementar em discussão, pelo que se extrai dos julgados RE 466.312 AgR/RJ, ADI 1.643 e RE 656.089/MG, não representa, a princípio, violação aos limites constitucionais de tributar.

Desse modo, muito embora o STF ainda não tenha julgado sobre IS, verifica-se que a estruturação deste imposto está em sintonia com a jurisprudência da Suprema Corte sobre extrafiscalidade tributária.

No entanto, existem duas preocupações: a implementação e a manutenção do IS alinhado com o objetivo extrafiscal de desestimular o consumo de bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente; o risco de aumento do comércio informal, ilegal, e clandestino, de bebidas alcoólicas e o cigarro, por exemplo.

Para Shingai e Vasconcelos (2024, n.p.), o Imposto Seletivo (IS) atua como um recurso complementar na implementação de políticas públicas brasileiras, voltado a estimular atitudes mais saudáveis e ambientalmente corretas, sem visar prioritariamente o aumento da arrecadação. No entanto, sua eficiência depende do compromisso com práticas sólidas de governança pública, incluindo uma avaliação cuidadosa antes da sua adoção (análise *ex ante*) e revisões periódicas de seus resultados (avaliação *ex post*). Adotar e manter o IS de forma rigorosa é fundamental para garantir que o tributo alcance seus propósitos extrafiscais, reduzindo o consumo de produtos nocivos à saúde e à natureza. Tal postura evidencia um avanço da política tributária nacional e está em sintonia com o cenário internacional, onde a tributação também vem sendo utilizada como instrumento de promoção ao consumo responsável e sustentável.

Por falar em revisões periódicas de resultados, a CF/1988, em seu art. 37, § 16, estabelece que “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.

Para Cavalcanti (2025, p. 289), há uma questão relevante a ser considerada, denominada por ele de efeito rebote (*rebound effect*). Para o autor, a adoção da tributação seletiva visa onerar o consumo de determinados produtos a fim de desencorajar sua compra e, como resultado, reduzir o mercado consumidor desses itens. Contudo, esse cenário pode favorecer o crescimento do comércio ilegal, que, ao não recolher impostos, acaba ocupando o espaço deixado pelo setor for-

mal. Essa dinâmica agrava ainda mais os riscos à saúde pública, pois os produtos do mercado clandestino costumam ser fabricados sem nenhum controle ou fiscalização sanitária.

Em suma, a análise da natureza extrafiscal do Imposto Seletivo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia que esse tributo representa uma relevante ferramenta de incentivo a práticas mais saudáveis e ambientalmente responsáveis, alinhando-se ao dever constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente. Não obstante sua importância como mecanismo de regulação do consumo, destaca-se a necessidade de uma implementação criteriosa, com constante monitoramento de seus efeitos e respeito aos requisitos constitucionais e legais, a fim de mitigar possíveis impactos adversos, como o fortalecimento do mercado informal. O êxito do IS depende, assim, tanto de sua correta estruturação e aplicação, quanto de sua compatibilidade com os princípios de justiça fiscal e efetividade das políticas públicas, mostrando-se fundamental para a concretização dos objetivos sociais e ambientais estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

8. Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo deste artigo permitiu compreender em profundidade o alcance e as implicações da função extrafiscal do Imposto Seletivo (IS) diante da reforma tributária promovida pela Emenda Constitucional n. 132/2023 e pela Lei Complementar n. 214/2025. Tal tributo, instituído para incidir sobre bens e serviços considerados prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, revela uma mudança significativa no papel da tributação dentro da ordem constitucional brasileira, assumindo protagonismo como instrumento de indução de comportamentos e de realização de direitos fundamentais.

A reflexão partiu do reconhecimento de que a Constituição Federal atribui alto grau de centralidade aos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde, considerados pilares do bem-estar coletivo e do desenvolvimento sustentável. O art. 225 prevê que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, cabendo ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Da mesma forma, o art. 196 eleva a saúde à condição de direito de todos, devendo ser promovida e protegida por ações estatais que reduzam riscos de doenças e garantam o acesso universal e igualitário a serviços.

Foi evidenciado que a criação do IS está diretamente alinhada a esses valores fundamentais, integrando-os ao sistema tributário nacional por meio de um tributo com marcada natureza extrafiscal. O aprofundamento sobre o princípio da defesa do meio ambiente – também presente entre os fundamentos da ordem econômica – demonstrou que o Estado brasileiro está legitimado e obrigado a

empregar instrumentos normativos e financeiros capazes de prevenir danos e promover a sustentabilidade, entre eles, os tributos seletivos.

Diante desse cenário, ficou claro que o Imposto Seletivo materializa a distinção entre função extrafiscal e arrecadatória. Enquanto a arrecadação visa o financiamento básico do Estado, a extrafiscalidade busca induzir ou desencorajar certas condutas da sociedade, funcionando como uma espécie de regulador do mercado e das escolhas individuais e coletivas. O IS, ao incidir especificamente sobre produtos e serviços nocivos, utiliza o potencial da tributação para proteger a coletividade, incentivando comportamentos mais adequados aos valores constitucionais.

No contexto da jurisprudência constitucional, destacou-se que, apesar da ausência de decisões específicas do Supremo Tribunal Federal acerca do novo IS, há vasto respaldo do STF em relação à legitimidade da extrafiscalidade tributária. O Tribunal tem reconhecido, em casos análogos, que a utilização de tributos como instrumentos de regulação social e econômica é aceitável e bem-vinda, desde que resguardados os direitos fundamentais, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco, e o devido processo legal. O controle jurisdicional assume importância central nesse arranjo, pois cabe ao Judiciário examinar se as inovações tributárias se mantêm fiéis ao texto constitucional.

Os limites e balizas para a aplicação do IS também foram objeto de reflexão. O art. demonstrou que o sucesso de tributos extrafiscais depende de observância rigorosa dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, bem como de mecanismos eficazes de controle social e institucional. A efetividade do IS condiciona-se à participação ativa da sociedade e dos órgãos fiscalizadores, assegurando transparência, justiça fiscal e responsabilidade na adoção e revisão das hipóteses de incidência do imposto.

No tocante à saúde, o artigo abordou a relevância do IS para controvertar práticas nocivas ao bem-estar coletivo, como o consumo de produtos prejudiciais, ao passo que, no campo ambiental, o tributo serve como instrumento para combater o desequilíbrio ecológico e estimular modos de produção e consumo mais conscientes. Essa abordagem é consistente com o movimento internacional e a literatura especializada, que veem na tributação ambiental e na tributação sobre produtos nocivos um caminho efetivo para o cumprimento de metas sociais e ambientais a partir da perspectiva fiscal.

A legitimidade do IS como ferramenta extrafiscal é reforçada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, que confere segurança jurídica à atuação do legislador e da administração tributária. O Tribunal, ao balizar a compatibilidade entre finalidades extrafiscais e o conjunto de princípios constitucionais, assegura que a inovação normativa respeite os direitos fundamentais, sem abrir espaço para distorções, excessos ou práticas confiscatórias.

É indispensável ressaltar a necessidade de contínuo aprimoramento dos instrumentos legais e administrativos ligados ao IS. O tributo, para permanecer aderente aos seus objetivos constitucionais, deve ser periodicamente avaliado e ajustado frente às demandas da administração pública, às mudanças na sociedade e à evolução das práticas econômicas e ambientais. O texto destacou que uma governança fiscal eficiente e dotada de mecanismos de revisão favorece a efetividade do IS, além de garantir a legitimidade democrática do processo tributário.

Outro ponto que permeou toda a análise foi o destaque para o papel da sociedade e das instituições de controle na concretização dos objetivos do IS. O controle social e a participação cidadã tornam-se essenciais não apenas na fiscalização, mas também no aperfeiçoamento contínuo do tributo, assegurando que a sua aplicação esteja em consonância com o interesse público e os valores constitucionais de justiça e equidade.

A conclusão, portanto, é a de que o Imposto Seletivo, nos termos em que fora regulamentado e examinado ao longo deste estudo, representa um importante passo na consolidação do novo constitucionalismo financeiro brasileiro. Sua lógica extrafiscal, centrada na indução de comportamentos e na defesa dos direitos fundamentais, marca uma transformação na forma como o Estado brasileiro emprega a tributação para realização do bem comum.

O IS se coloca, assim, como instrumento legítimo e valioso de promoção de políticas públicas estratégicas voltadas à proteção da saúde, do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável. Sua eficácia está atrelada ao respeito aos princípios constitucionais, ao controle jurisdicional vigilante e à participação ativa da sociedade organizada. Dessa maneira, contribui para consolidar uma ordem tributária verdadeiramente comprometida com os interesses coletivos, a justiça social e o futuro sustentável do Brasil.

Ressalta-se, por fim, que o êxito do IS como instrumento de política pública não depende apenas de sua previsão normativa, mas também de sua correta implementação, fiscalização contínua e constante revisão de seus efeitos. Torna-se imprescindível uma governança fiscal transparente e eficiente, com avaliações periódicas que permitam corrigir rumos, especialmente diante de desafios como o fomento ao mercado ilícito. A participação da sociedade civil e de órgãos de controle constitui elemento indispensável para assegurar que o tributo atinja seus objetivos extrafiscais e não se converta em mero mecanismo arrecadatório ou em fonte de desigualdades e distorções. Consolidando-se nesses pilares, o IS pode, de fato, transformar-se em símbolo do novo constitucionalismo tributário brasileiro, pautado pela promoção de direitos fundamentais, justiça fiscal, sustentabilidade e compromisso democrático com o interesse coletivo.

Em suma, o estudo corrobora que a extrafiscalidade tributária, quando utilizada nos limites constitucionais e acompanhada por eficientes mecanismos de controle social e judicial, é capaz de potencializar o papel do tributo como vetor

de transformação social, proteção de direitos fundamentais e fortalecimento de políticas públicas essenciais à cidadania brasileira. O Imposto Seletivo torna-se, assim, um verdadeiro símbolo do avanço institucional e democrático do sistema tributário nacional.

9. Referências

- AMARAL, Letícia. A reforma tributária como catalisadora da sustentabilidade no Brasil. *Poder360*, 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/a-reforma-tributaria-como-catalisadora-da-sustentabilidade-no-brasil/>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo, RT, 1968.
- BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Tributação extrafiscal. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/305/edicao-1/tributacao-extrafiscal>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 maio 2025.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023. Altera o sistema tributário nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 02 maio 2025.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 08 maio 2025.
- BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 08 maio 2025.
- BRASIL. Lei n. 214, de 16 de janeiro de 2025. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição Social sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); cria o Comitê Gestor do IBS e altera a legislação tributária. Brasília, DF: Presidência da República, 2025. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm. Acesso em: 02 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.643/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Julgado em 05.12.2002, *DJ* 14.03.2003, p. 28 ementa volume-02102-01, p. 32. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99355/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.312 AgR/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgado em 01.03.2011, *DJe*-062 Divulgado em 31.03.2011, Publicado em 01.04.2011 Ementa Volume-02494-01, p. 81. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur190243/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 801.676 AgR/PE, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 19.08.2014, Processo Eletrônico *DJe*-170 Divulgado em 02.09.2014, Publicado em 03.09.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur275170/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.717/DF, Relatora a Ministra Cármel Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado em 05.04.2018, Processo Eletrônico *DJe*-031 Divulgado em 14.02.2019, Publicado em 15.02.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398386/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 656.089/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 06.06.2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral-Mérito *DJe*-274 Divulgado em 10.12.2019, Publicado em 11.12.2019. Acesso em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417017/false>. Disponível em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 654.833/AC, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20.04.2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito *DJe*-157 Divulgado em 23.06.2020, Publicado em 24.06.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427220/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.787/AP, Relator o Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 01.08.2022, Processo Eletrônico *DJe*-207 Divulgado em 13.10.2022, Publicado em 14.10.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470898/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 910/DF, Relatora a Ministra Cármel Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado em 03.07.2023, Processo Eletrônico *DJe*-s/n Divulgado em 13.07.2023, Publicado em 14.07.2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur483541/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STP 1.004 AgR, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 20.05.2024, Processo Eletrônico *DJe*-s/n, Divulgado em 04.06.2024, Publicado 05.06.2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur509174/false>. Acesso em: 05 maio 2025.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.
- CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Tributação sobre o consumo: CBS, IBS e Imposto Seletivo*. 1. ed. São Paulo: Forense Jurídico, 2025.
- CORRÊA, Ceres Fernanda; GOMES, Eduardo Biacchi. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável – uma análise a partir do Caso Papeleras. *Revista de Informação Legislativa* – Senado Federal, Brasília, a. 48 n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242869/000910802.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 abr. 2025.
- DUARTE, Francisco Leite. *Direito tributário aplicado*. São Paulo: RT, 2013.
- FOLLONI, André. Competência tributária do Imposto Seletivo: o texto e seus contextos. *Revista Direito Tributário Atual* v. 57. São Paulo: IBDT, 2024, p. 617-642. DOI: 10.46801/2595-6280.57.25.2024.2606. Disponível em: <https://revisita.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2606>. Acesso em: 02 maio 2025.
- FONSECA, Tiago da Silva. Dos fundamentos para um sistema tributário baseado na justiça. *Revista FESDT* n. 11, 2019. Disponível em: <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/11/artigos/11.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2025.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; SCHOUERI, Luís Eduardo. Irretroatividade e função extrafiscal do tributo: elementos para a superação definitiva da Súmula n. 584 do STF. In: LOBATO, Valter de Souza (coord.); DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo; LEITE, Matheus Soares (org.). *Extrafiscalidade: conceito, interpretação, limites e alcance*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GALINDO, Fábio; ZENKNER, Marcelo; KIM, Yoon Jung. Fundamentos do ESG: geração de valor para os negócios e para o mundo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- IMAZON. Ano de 2025 começa com aumento de 68% no desmatamento da Amazônia. Amazon, 2025. Disponível em: <https://amazon.org.br/imprensa/ano-de-2025-comeca-com-aumento-de-68-no-desmatamento-da-amazonia/>. Acesso em: 08 maio 2025.
- LIMA, Sophia Nóbrega Câmara (2012). A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* (39), p. 215-236. Recuperado de <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes-cientificas/index.php/boletim/article/view/391>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- MACIEL, Ricardo; MURAYAMA, Janssen. Princípio da defesa do meio ambiente na reforma tributária. *Consultor Jurídico*, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-22/o-princípio-da-defesa-do-meio-ambiente-em-materia-tributaria-no-bojo-da-reforma-tributaria/>. Acesso em: 16 abr. 2025.
- NAÇÕES UNIDAS. Brasil e Turquia elogiados pela OMS por liderarem medidas contra tabaco. Nações Unidas, ONU News, 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1818337#:~:text=Cerca%20de%201%C3%20mi>

- lhão,fumar%20ou%20usar%20cigarros%20eletrônicos. Acesso em: 30 jun. 2025.
- OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Conferência International de Saúde, 22 jul. 1946, p. 1-18. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2025.
- PEIXOTO, Roberto. 2023 “demoliu” recordes climáticos no mundo, diz relatório da Organização Meteorológica Mundial. *G1*, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2024/03/19/2023-demoliu-recordes-climaticos-no-mundo-diz-relatorio-da-organizacao-meteorologica-mundial.ghtml#>. Acesso em: 23 abr. 2025.
- PINTO, Enrique de Castro Loureiro. Mineração: o oitavo pecado capital segundo a reforma tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* v. 162 (32), 2025, p. 105-117. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rtpf/article/view/796>. Acesso em: 02 maio 2025.
- SHINGAI, Thais Veiga; VASCONCELOS, Breno. A extrafiscalidade do Imposto Seletivo. *Jota*, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-extrafiscalidade-do-imposto-seletivo>. Acesso em: 30 jun. 2025.
- TUNES, Pedro Henrique. 40 anos para nosso fim – conheça e entenda o novo artigo da Nature que afirma que a humanidade irá se extinguir em apenas quatro décadas. Tunes Ambiental, 2020. Disponível em: <https://tunesambiental.com/entenda-o-artigo-da-nature-que-afirma-que-a-humanidade-pode-se-extinguir-em-40-anos/>. Acesso em: 09 maio 2025.
- VALE, Humberto. O que entra no Imposto Seletivo? Carros, cigarros, bebidas estão no rol do “imposto do pecado”. *Jota*, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/o-que-entra-no-imposto-seletivo-carros-cigarros-bebidas-estao-no-rol-do-imposto-do-pecado>. Acesso em: 29 abr. 2025.

Sobre Sentido e Referência dos Termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa”: um Debate em Benefício da Sociedade Brasileira

On Sense and Reference of the Terms “Tax Debt” and “Debt Roster”: a Debate for the Benefit of Brazilian Society

Gadafy de Matos Zeidam

Engenheiro Mecânico (UnB). Licenciado em Filosofia (UFPI). Bacharel em Direito (UFPI). Mestre em Filosofia (UFPI). Máster en Hacienda Pública y Administración Financiera y Tributaria (Uned – España). Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

E-mail: gadafy.zeidam@rfb.gov.br.

Recebido em: 13-2-2025 – Aprovado em: 14-7-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.6.2025.2687>

Resumo

O presente artigo propõe, com fundamento na distinção entre sentido e referência de Frege, que os termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa de Natureza Tributária” possuem o mesmo conteúdo jurídico, com atributos de certeza, liquidez e exigibilidade. A partir dessa constatação, é possível superar o formalismo existente no art. 2º, § 3º, da LEF (Lei de Execução Fiscal), que afronta o art. 142 do CTN, ao substituir todo o sistema de revisão existente no âmbito administrativo (Revisão de Ofício, Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) por uma mera transferência de estoque de dívida fiscal de uma repartição a outra. Recuperar os atributos do “Crédito Tributário” é, portanto, essencial para a ampliação da cobrança persuasiva no âmbito da Receita Federal do Brasil, uma tendência mundial para as administrações tributárias, em especial no contexto de um país que fracassou na cobrança coercitiva de seus créditos tributários.

Palavras-chave: crédito tributário, dívida ativa, sentido, referência.

Abstract

This article proposes, based on Frege's distinction between sense and reference, that the terms “Tax Debt” and “Tax Debt Roster” have the same legal content, with attributes of certainty, liquidity and enforceability. Based on this observation, it is possible to overcome the formalism that exists in the art. 2º, § 3º, of the LEF (Debt Roster Execution Procedure Act), which affronts the art. 142 of the CTN (National Tax Code), by replacing the entire review sys-

tem that exists in the administrative sphere (Internal Review, Administrative Trial Court of Tax Debts and Administrative Appellate Court of Tax Debts) by a mere transfer of tax debt stock from one office to another. Thus, recovering the attributes of the “Tax Debt” is essential for the expansion of persuasive collection within the Brazilian Federal Revenue Service, a worldwide trend for tax administrations, especially in the context of a country that has failed in the coercive collection of its tax debts.

Keywords: tax debt, debt roster, sense, reference.

1. Introdução

A resolução efetiva (justa e rápida) de um litígio fiscal em uma democracia moderna não pressupõe a eliminação da possibilidade de recursos a instâncias distintas, incluindo o recurso ao poder judicial. A tributação não é em absoluto um arbítrio estatal¹ e distintas instâncias de revisão dos atos administrativos implicam desde uma boa Revisão de Ofício, que previne o litígio, passando por uma instância de revisão administrativa independente, até chegar à possibilidade de revisão judicial em caso de insatisfação com o resultado administrativo.

Tal é a estrutura revisional do processo administrativo fiscal em nosso país. Porém, esse breve panorama expõe algo disfuncional: se múltiplas instâncias de revisão existem em outras democracias e o fenômeno da complexidade jurídica é algo inerente à sociedade contemporânea², por que no Brasil, nossa cobrança tributária tem grau de recuperabilidade tão desprezível?

A título de exemplo, tomemos a avaliação TADAT³ da Administração Tributária da Espanha (AEITE – Agencia Estatal de Administración Tributaria) no ano de 2020. Para a ARD 5 (Pagamento oportuno de impostos) – Indicador 15 (Saldo e fluxo de impostos atrasados), a avaliação é B⁴, o que significa um desempenho sólido. Por outro lado, para o ARD 7 (Resolução efetiva do litígio tributário) – In-

¹ O estabelecimento do devido processo legal em matéria tributária remonta a 1215, já que a Carta Magna pode ser considerada um tratado de paz financeira entre o rei e os barões ingleses. O art. 12 do referido documento impede ao rei de impor novos tributos sem a devida permissão do Conselho Geral do Reino.

² A litigiosidade das relações é um fenômeno humano contemporâneo. Talvez o Direito se encontre em uma crise de incapacidade teórica e instrumental para pacificar um mundo cada vez mais complexo e dinâmico, com repercussões na seara tributária, o que indica uma tendência a adoção de meios persuasivos de cobrança. Em outras searas, o soar dos canhões se faz presente como há muito não se via neste novo século, reacendendo o recurso à *ultima ratio regum* de Luís XIV.

³ TADAT é uma ferramenta de avaliação do FMI com 9 ARDs (Áreas de Resultado de Desempenho), ou POC (Performance Outcome Areas), que cobrem a maioria das funções, processos e institutos críticos de uma Administração Tributária, com vários indicadores em cada áreas, divididos em dimensões. Para mais informações, ver <https://www.tadat.org/pt.html>. Acesso em: 17 jul. 2025.

⁴ FMI. *Informe de Evaluación del Desempeño TADAT – España*. [S. l.]: FMI, 2020. Disponível em: https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Agencia_Tributaria/Planificación/Plan_estratégico_2020_2023/TADAT_Informe.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 46.

dicador 20 (Tempo de resolução), a avaliação é D⁵, o que significa um desempenho insuficiente.

Há litigiosidade na Espanha, mas há efetividade de cobrança. Não temos a avaliação TADAT da RFB disponível para consulta, em que pese sua realização em 2020, na gestão do Secretário José Barroso Tostes Neto à frente do órgão, entre 20 de setembro de 2019 e 7 de dezembro de 2021. Contudo, em termos de ARD 5-15 (Pagamento oportuno de impostos / Saldo e fluxo de impostos atrasados), pode-se utilizar como parâmetro razoável de avaliação o grau de recuperabilidade da DAU (Dívida Ativa da União) e seu estoque ao longo dos anos, avaliando-se a nossa cobrança tributária a partir das opções que fizemos no país⁶:

- a) Cobrança judicial, em vez de administrativa.
- b) Gestão externa da cobrança, em vez da interna – a cobrança de impostos atrasados em nosso país fica a cargo da PGFN.
- c) Ênfase na cobrança coercitiva, em vez da persuasiva – tendência que tem sido reavaliada no âmbito da RFB a partir da implantação de estratégias diversas, como *nudges* em Malha Fiscal, Conformidade Cooperativa, Programa de Redução de Litigiosidade Fiscal etc.⁷

A Tabela abaixo, construída a partir do Informe *PGFN em Números*⁸, um informe anual, publicado no início de cada ano, e que contém um resumo das principais iniciativas, ações e êxitos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no ano anterior, apresenta um resumo do saldo (crescente) e do fluxo (que recupera menos de 2% do estoque):

Tabela 1 – Grau de recuperação da Dívida Ativa da União (2015 a 2022)

Ano	Valor Recuperado	Estoque DAU	Recuperabilidade (%)
2015	14,85 bi	1,590 tri	0,93

⁵ FMI. *Informe de Evaluación del Desempeño TADAT – España*. [S. l.]; FMI, 2020. Disponível em: https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Agencia_Tributaria/Planificacion/Plan_estrategico_2020_2023/TADAT_Informe.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 54.

⁶ Nossas opções são distintas da espanhola, que faz: cobrança administrativa; gestão interna e ênfase na cobrança persuasiva (Abraham, M.; Pereira, V. P. (coord.). *Sistemas tributários no mundo. A tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 239-265).

⁷ LAMADRID, P. M. G. *A mudança do paradigma das relações tributárias entre a Receita Federal e os contribuintes*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29915>. Acesso em: 16 jul. 2025.

⁸ Disponível para consulta pública em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros>. Acesso em: 17 jul. 2025. O Relatório *PGFN em Números 2024*, que traz os dados relativos a 2023, não apresenta o Estoque de DAU, mas apenas a arrecadação de R\$ 48,3 bi.

2016	14,54 bi	1,840 tri	0,79
2017	26,10 bi	2,010 tri	1,30
2018	23,88 bi	2,196 tri	1,09
2019	24,39 bi	2,436 tri	1,00
2020	25,71 bi	2,567 tri	1,00
2021	31,79 bi	2,670 tri	1,19
2022	39,10 bi	2,700 tri	1,45

Há algo, portanto, que merece ser investigado em nosso país, na medida em que a litigiosidade demorada que existe em outra democracia (Espanha) não interfere tanto na cobrança de impostos atrasados como no Brasil, que, em nível federal, tem um estoque crescente de DAU, grau de recuperabilidade irrisório e alto reconhecimento institucional da impossibilidade de cobrança, atualmente avaliada em cerca de 45% do estoque⁹.

De maneira que a eficácia da cobrança de impostos atrasados na Espanha diante do fracasso da cobrança de DAU no Brasil não se fundamenta no direito ao contraditório como conteúdo essencial do sentimento de justiça, que aqui assinalamos como a garantia de instâncias administrativas e judiciais de revisão, presentes nas democracias ocidentais, mas talvez de algo que possa ser resgatado do conteúdo essencial¹⁰ do termo “Crédito Tributário”, conforme redação do art. 142 do CTN.

O presente artigo tem por finalidade, portanto, propor que uma cobrança eficaz é possível mesmo em um ambiente de litigiosidade, e que talvez a superação desse gargalo passe, com apoio em Frege e sua clássica distinção entre sentido e referência, pelo reconhecimento da igualdade referencial dos termos “Crédito

⁹ O estoque da DAU está segmentado em quatro níveis (ou *ratings*), segundo o grau de recuperabilidade potencial. Para o *rating D* a expectativa de recuperação é nula, são créditos podres. 43,6% do estoque de DAU está classificado com o *rating D* (PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. PGFN em Números – Dados de 2022, edição 2023. Brasília, PGFN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 20).

¹⁰ Tomamos a diferença entre essência e acidente da Metafísica de Aristóteles. Acidente é “aquilo que faz um ser ou o que lhe acontece não em virtude da sua essência ou dos atributos que o definem mas independentemente destes” (LALANDE, A. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. Tradução Fátima S. Correia, Maria E. V. Aguiar, José. E. Torres, Maria G. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 26). Essência, “metafisicamente, em oposição a acidente, aquilo que é considerado como o fundo do ser, em oposição às modificações que apenas o atingem superficialmente ou temporariamente” (LALANDE, A. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. Tradução Fátima S. Correia, Maria E. V. Aguiar, José. E. Torres, Maria G. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 339).

Tributário” e “Dívida Ativa Tributária”¹¹, distintos na sua terminologia (ou sentido), mas que designam o mesmo conteúdo jurídico (ou referência).

Quiçá essa igualdade referencial possa permitir um debate sincero e não competitivo entre duas instituições públicas relevantes, a Receita Federal do Brasil (RFB) e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), para o aprimoramento da cobrança tributária e, especialmente, em benefício da sociedade, a partir de avanços possíveis na metodologia de cobrança tributária adotada em nosso país, especialmente com a ampliação da cobrança persuasiva no âmbito da RFB.

2. A importância de uma cobrança tributária efetiva

Qual a razão de uma cobrança tributária efetiva? Uma resposta robusta encontra-se no Princípio da Igualdade formulado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: não basta apenas a imputação daqueles que descumprem suas obrigações tributárias, mas a efetiva cobrança dos imputados. Se a Administração Tributária não consegue cobrar efetivamente os devedores tributários, a mensagem final é que vale a pena descumprir as obrigações tributárias: descumpro, talvez seja descoberto, e mesmo imputado, dificilmente serei executado.

“O princípio da igualdade exige para o Direito Tributário que os contribuintes sejam jurídica e efetivamente tributados por uma lei tributária. A igualdade de imposição tem por consequente por seus componentes a igualdade do dever tributário normativo assim como a igualdade na sua execução na cobrança tributária. Disso resulta que a lei tributária deve estar inserida em um contexto que, por princípio garanta a igualdade de sua imposição também com referência ao resultado efetivo.”¹²

As razões para o fracasso da cobrança de tributos em nosso país foram delineadas de forma bastante sumarizada na introdução: adotamos as piores escolhas do Direito Comparado, algo como uma versão adicional ao já consagrado jargão *race to the bottom* em matéria tributária, dessa vez não no contexto de uma guerra fiscal entre os entes federativos subnacionais, mas de uma tentativa deliberada para a baixa efetividade da cobrança coercitiva de devedores tributários no Brasil.

Enfim, o pressuposto de qualquer cobrança é um título: certeza (uma obrigação legal ou contratual), liquidez (uma quantificação) e exigibilidade (um des cumprimento). Todos esses pressupostos encontram-se na essência do termo jurídico “Crédito Tributário”, constante no art. 142 do Código Tributário Nacional:

¹¹ A distinção legal constante no art. 39 da Lei n. 4.320/1964, na redação dada pelo Decreto-lei n. 1.735/1979 é importante: o crédito da Fazenda Pública tem natureza tributária e não tributária, daí decorrendo também uma Dívida Ativa Tributária e uma Dívida Ativa Não Tributária.

¹² TIPKE, K. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 67.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Contudo¹³, um dispositivo legal constante na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980) o Decreto-lei n. 960/1938 afronta duplamente o conteúdo essencial do conceito jurídico de “crédito tributário” presente no art. 142 do CTN, ao indicar que o ato administrativo de inscrição em Dívida Ativa irá exercer o controle administrativo da legalidade, e apurar a liquidez e certeza da dívida fiscal:

“Art. 2º, § 3º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

Vale dizer, a mera transferência, via sistema, do estoque de dívida fiscal da Receita Federal do Brasil para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional equivale a algo plenamente realizado na origem, seja o controle administrativo de legalidade, através de suas múltiplas instâncias de revisão (ofício, DRJ e CARF), seja a apuração de certeza e liquidez do crédito, que ocorrem através do lançamento.

A inscrição em Dívida Ativa decorre da opção de cobrança coercitiva judicial que o Brasil adota e que dificilmente mudará para um modelo de cobrança coercitiva administrativa¹⁴, que é a opção preferencial no Direito Comparado¹⁵. A ex-

¹³ Deve-se destacar que o momento da apuração de liquidez e certeza prevista no art. 39, § 1º, da Lei n. 4.320/1964, na redação dada pelo Decreto-lei n. 1.735/1979, é radicalmente diferente do existente no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/1980. Na Lei Orçamentária, a inscrição é um ato a ser realizado após apurada a liquidez e certeza do crédito público: “Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título”. Na LEF, a inscrição serve para apurar a liquidez e a certeza do crédito público.

¹⁴ Em um exercício de arqueologia jurídica, a opção brasileira pela cobrança coercitiva judicial contra raízes profundas: Ordens Filipinas, no Brasil Colonial; Regulamento n. 737/1850, no Brasil Imperial; Decreto n. 10.902/1914, na República Velha;, no Estado Novo; Lei n. 6.830/1980, a atual Lei de Execução Fiscal (GODOY, A. S. M. Fundamentos históricos e conceituais do Código Tributário Nacional: Rubens Gomes de Sousa, suas Cartas, suas Ideias, seu Projeto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 1. Brasília, jan./jun. 2020, p. 43-94. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/10687>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 91).

¹⁵ Como exemplos de cobrança administrativa: Argentina, Espanha, Estados Unidos, França, Inglaterra, Japão, México, Peru e Portugal. Ver Abraham, M.; Pereira, V. P. (coord.). *Sistemas tributários*

periência internacional aponta a cobrança administrativa como a mais efetiva para a satisfação do Princípio da Igualdade em matéria tributária.

“O modelo judicial, afora sua ineficiência, se mostra deficiente em diversas formas. Note-se que uma execução fiscal judicial envolve no mínimo três autoridades públicas: o auditor fiscal, que constitui o crédito tributário, um advogado público, que o executa, e um magistrado, que rege a execução. O trâmite entre essas três autoridades naturalmente atrasa o processo, além de gerar uma elevada redundância de autoridades públicas atuando de forma conjunta em uma mesma atividade. Essa redundância tem consequências orçamentárias, pois a execução fiscal se torna custo administrativo de três órgãos públicos diversos.”¹⁶

Se o modelo de cobrança coercitiva administrativa dificilmente poderá ser adotado em nosso país¹⁷, é preciso pois mudar a ênfase da cobrança coercitiva, que só pode ser realizada judicialmente e que tem resultados mediocres¹⁸, para a cobrança persuasiva, que deve ser manejada preferencialmente pela Receita Federal do Brasil, sem a necessidade de que a dívida fiscal necessite ser inscrita em Dívida Ativa da União.

“Esta forma de cobranza (persuasiva) ha sido practicada por algunas AT y ha generado resultados positivos. En algunas de ellas se observa que el mayor porcentaje de recupero proviene de la aplicación de este proceso. En el marco del mismo existen distintas metodologías de acercamiento al contribuyente moroso, que se apoyan en la necesidad de contar con una base de datos actualizada y procedimientos que lleven a una localización rápida y precisa del contribuyente.”¹⁹

no mundo. A tributação no direito comparado. São Paulo: Almedina, 2020; CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. *Manual sobre recaudación y cobranza de tributos.* [S. l.]: CIAT, GIZ, BID, 2016. Disponível em: https://www.ciat.org/Biblioteca/Documentos-Tecnicos/Espanol/2016_manual_recaudacion_cobranza.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025; SILVA, J. M. P. Q. *Execução fiscal: eficiência e experiência comparada.* Estudo Técnico (Consultoria Legislativa). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/b6309572-b79b-438c-b5f1-2ded353d8db>. Acesso em: 16 jul. 2025.

¹⁶ SILVA, J. M. P. Q. *Execução fiscal: eficiência e experiência comparada.* Estudo Técnico (Consultoria Legislativa). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/b6309572-b79b-438c-b5f1-2ded353d8db>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 19.

¹⁷ Portugal fez a mudança em 1991, com a aprovação do Código de Processo Tributário através do Decreto-lei n. 154/1991.

¹⁸ Em matéria tributária, a tarefa de cobrança reclama uma instância com maior capacidade operativa, própria de uma Administração Tributária, e não um Poder culturalmente ritualístico. “O Poder Judiciário Nacional não está aparelhado para manejear as demandas tributárias” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário.* Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cd1e27513af-9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 7).

¹⁹ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. *Manual sobre recaudación y cobranza de tributos.* [S. l.]: CIAT, GIZ, BID, 2016. Disponível em: <https://www.ciat.org/>

Nesse ponto, talvez o maior obstáculo a ser superado seja o desacordo entre o art. 2º, § 3º, da LEF com o art. 142 do CTN. O lançamento constitui o crédito tributário, que é plenamente exigível, seja de forma amigável e administrativa pela RFB, seja de forma coercitiva e judicial pela PGFN após a inscrição em DAU. Antes da inscrição, a dívida fiscal não apenas pode, mas merece, em benefício da sociedade, ser cobrado pela RFB de maneira persuasiva, especialmente com a possibilidade de transação em maior escala²⁰.

Nos anos 50 do século XX, a teoria fiscal dominante já postulava que o lançamento, a atividade administrativa levada a cabo pelas Administrações Tributárias para a liquidação das dívidas fiscais, efetua a constituição do crédito correspondente: obrigação *ex lege* + determinação da quantidade a pagar + identificação do devedor (*cum certum est an et quantum debeatur*). Uma ulterior consequência de tal atividade, puramente formal, se for o caso da necessidade de uma cobrança coercitiva, é a expedição do título executório que dele decorre: no Brasil, a inscrição em DAU.

“Os estudos mais recentes sobre o assunto, reexaminando toda a copiosa literatura existente sobre o tema, conduzem entretanto a uma solução que concilia a tese da constituição da obrigação pelo fato gerador, única compatível com a natureza *ex-lege* daquela, com a constatação prática de um efeito constitutivo inerente ao lançamento, além do seu efeito declaratório da obrigação preexistente. Assim, o lançamento, em seguida à constatação, meramente declaratória, da ocorrência do fato gerador e do consequente nascimento da obrigação, efetua a constituição do crédito correspondente, através da liquidação do montante a ser pago e da identificação do devedor. Como ulterior consequência, esta, porém, de natureza formal, o lançamento dá origem ao débito fiscal, consubstanciado no título executório que dêle decorre (ROTONDI, ‘L’Accertamento Tributario’, em *Appunti sull’Obbligazione Tributaria* (1950), p. 75 e segs., espec. § 68).”²¹

Portanto, o crédito tributário, constituído pelo lançamento, pode ser cobrado de maneira persuasiva em nosso país. Lembremos que, em várias democracias ocidentais, ele é cobrado inclusive de maneira coercitiva pela própria Administração Tributária, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. A opção origi-

Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2016_manual_recaudacion_cobranza.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 77.

²⁰ Os aumentos na recuperabilidade da DAU pela PGFN em 2021 e 2022 (Tabela 1) são uma demonstração inequívoca de que a RFB precisa ampliar a transação no âmbito de suas atividades. Em uma sociedade carente de recursos orçamentários, um aumento potencial na arrecadação da RFB não pode ser afastado do debate público.

²¹ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 203-204.

nal contida no texto apresentado pelo professor Rubens Gomes de Sousa como anteprojeto do atual CTN, conforme a Figura 2²², era que o lançamento – a atividade administrativa da autoridade fiscal – implicava o subsequente título.

TÍTULO II
DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
CAPÍTULO I
Do lançamento

Art. 168. Lançamento é a atividade destinada a constituir o crédito tributário mediante a verificação da ocorrência e das circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária principal, a avaliação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a expedição do título formal de dívida.

Figura 2. Redação Original do Anteprojeto de CTN²³.

Contudo, a Comissão Especial do Ministério da Fazenda encarregada de discutir e aprovar o texto, decidiu suprimir as últimas palavras do referido artigo mediante a Emenda n. 939, conforme Figura 3²⁴.

939. (A) Idem. (B) No art. 168, suprimir as palavras finais “e a expedição do título formal da dívida”. (C) Ata da 8.^a sessão. (D) Aprovada (97).

Figura 3. Emenda de Supressão n. 939²⁵.

3. Sentido e referência

Salvo melhor juízo, defende-se que a expressão “expedição do título formal de dívida”, suprimida do conceito legal de lançamento durante a tramitação do anteprojeto do atual Código Tributário Nacional, não é essencial para que o Crédito Tributário dele decorrente seja plenamente exigível e desde já integrado ao patrimônio do devedor do débito fiscal. Essa constatação implica o reconheci-

²² BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 310.

²³ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 310.

²⁴ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 528.

²⁵ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 528.

mento da distinção entre sentido e referência, pois certeza, liquidez e exigibilidade são anteriores à inscrição em Dívida Ativa da União, uma providência meramente formal para fins de cobrança coercitiva judicial. Esse novo termo muda o sentido do débito fiscal, mas não a sua referência, que é a mesma do Crédito Tributário.

“A isso pode-se entretanto responder que a situação jurídica nova, criada pelo lançamento, é exatamente a executoriedade da obrigação. Esta conclusão já podia ser extraída dos estudos de NAVIASKY (*Steuerrechtliche Grundfragen*, Monaco 1926), que sistematizou o processo formativo da relação jurídica tributária em três fases sucessivas:

- (a) situação jurídica abstrata, decorrente da simples existência de lei tributária oponível *erga omnes*;
- (b) situação jurídica concreta, decorrente da ocorrência do fato gerador, que identifica o comando legislativo genérico a uma situação concreta de fato;
- (c) situação jurídica subjetiva, decorrente do lançamento, que, referindo a determinado contribuinte a obrigação previamente concretizada pelo fato gerador, integra no patrimônio daquele o débito individual do tributo.”²⁶

A inscrição em DAU é providência administrativa de caráter puramente formal, e mesmo que necessária para o sistema de cobrança judicial vigente em nosso país, é totalmente desnecessária para a cobrança administrativa persuasiva, pois não tem qualquer efeito substantivo sobre a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário, já submetido a diferentes instâncias de revisão e de controle de legalidade anteriores à inscrição: Revisão de Ofício, DRJ e CARF.

“Foi ao contrário aceita a sugestão 938, redacional, e bem assim a 939, supressiva de referência ao ‘título formal de dívida’: este, com efeito, embora diretamente decorrente do lançamento, exige providência administrativa ulterior, a inscrição da dívida. Muito embora esta não tenha efeito substancial sobre a constituição do crédito, pareceu todavia preferível, a fim de afastar interpretações em desacordo com o sistema vigente quanto aos títulos executórios, deixar a sua referência unicamente no Livro VI, entre as providências de caráter administrativo formal (art. 191).”²⁷

Nesse ponto, o art. 3º, § 2º, da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980) representa um retrocesso legislativo imenso para a Administração Tributária. Dentre os muitos problemas que poderiam ser elencados e que decorrem do for-

²⁶ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 204.

²⁷ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 205.

malismo inerente ao sistema de cobrança coercitiva judicial, o qual, em nosso país, exige a modificação terminológica do débito fiscal de Crédito Tributário para Dívida Ativa da União mediante uma mera transferência via sistema de uma repartição (RFB) para outra (PGFN), dois merecem ser destacados.

O primeiro é o esvaziamento do instituto *solve et repete* no Direito Tributário nacional, seja para a suspensão da exigibilidade do débito fiscal em um recurso administrativo (SV n. 21²⁸) ou em um recurso judicial (SV n. 28²⁹). Na realidade, a exigência de depósito ou fiança para prosseguimento de um litígio em matéria tributária é uma proteção da livre concorrência, princípio basilar do modo de produção capitalista, consagrado no art. 170, IV, da CRFB88.

“O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo.”³⁰

Se um contribuinte obtém uma decisão judicial para não recolher determinado tributo, o que ele obtém é uma vantagem concorrencial em relação a outros contribuintes que são obrigados a pagar o tributo. Mesmo que aquele cumpra a obrigação acessória de declarar o tributo suspenso, o que constitui o crédito tributário, volta-se ao problema da ineficácia da cobrança coercitiva judicial em nosso país.

Assim, após anos com uma decisão judicial favorável, tal contribuinte, que não pratica o *solve et repete* fazendo o depósito da quantia em litígio, provavelmente conquistará o mercado em uma competição injusta com seus concorrentes, distribuirá o lucro aos investidores da empresa e aumentará o seu passivo com uma dívida tributária. Se a decisão for revertida em favor do Estado, dificilmente a ação de cobrança executiva poderá ser frutuosa sem um incidente de desconsideração de personalidade jurídica, o que, em princípio, não se vislumbra com o litígio sem garantia.

Portanto, quando se assume que o crédito tributário é líquido, certo e exigível, o que se pretende é que a livre iniciativa seja preservada, mediante uma competição justa entre os contribuintes. Isso não suprime o controle judicial da Admi-

²⁸ SV n. 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

²⁹ SV n. 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

³⁰ BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 226, 2001, p. 187-212. DOI: 10.12660/rda.v226.2001.47240. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 195.

nistração Pública: havendo decisão favorável ao contribuinte, a quantia depositada será devolvida ao petionante.

Um segundo ponto que merece destaque é a necessidade de a Receita Federal do Brasil manejar com maior amplitude os meios persuasivos de cobrança via transação (art. 156, III, do Código Tributário Nacional). Tal necessidade é um imperativo para superar a crise de litigiosidade que caracteriza o Direito contemporâneo³¹, permitindo que dívidas fiscais não inscritas em DAU possam ser plenamente extintas, posto que carregadas dos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Analizando a Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 899/2019³², posteriormente convertida na Lei n. 13.988/2020, que dispõe sobre a transação, constata-se desde logo um viés de restrição para o pleno manejo do instituto pela Receita Federal do Brasil:

“Senhor Presidente da República. Submetemos à sua apreciação proposta de Medida Provisória que estabelece os requisitos e as condições para que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), e os respectivos devedores ou partes adversas, possam realizar transação, nos termos do art. 171 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, criando mecanismos indutores de autocomposição em causas de natureza fiscal.”

Mesmo com as modificações subsequentes da Lei n. 13.988/2020 promovidas pela Lei n. 14.375/2022, em especial, a possibilidade de transação de créditos tributários judicializados no âmbito da RFB (art. 1º, § 4º, I) e a possibilidade de transação por proposta individual em contencioso administrativo fiscal (art. 2º, I), o Edital de Transação por Adesão na RFB n. 01/2024, publicado no *DOU* em 19 de março de 2024, tem um limite de R\$ 50 mi. Qual a razoabilidade desse limite?

Em um artigo influente, publicado em 1892, Frege distinguiu “sentido” e “referência”, apontando toda uma nova abordagem para a Lógica e para a Filosofia da Linguagem. De forma bastante sucinta, é verdadeira uma premissa em que há correspondência entre o signo (ou nome) e o objeto (ou referência no mundo).

³¹ “As consequências sobre a cultura da litigiosidade nos tribunais brasileiros se apresentam sob a forma de inúmeros processos parados, sem resolução próxima, fomentando o descrédito na resolução satisfatória das questões, desgaste nas relações continuadas, óbices ao diálogo pacífico e à construção do consenso. A cultura da litigiosidade que leva um conflito ao Judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa de solução autocompositiva, também fortalece o sentimento adversarial das partes no decorrer da solução do problema na esfera jurisdicional.” (SALES, L. M. M.; ANDRADE, M. D. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* ano 48, n. 192. Brasília, out./dez. 2011, p. 43-54. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 jul. 2015, p. 45)

³² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf.

Contudo, essa questão puramente semântica repercute não apenas na Filosofia, mas também no Direito: a utilização de signos distintos traz a possibilidade de sentidos distintos para designar a mesma referência, sejam objetos do mundo real ou ficções do mundo jurídico.

O exemplo clássico de Frege é “Estrela da Manhã” e “Estrela Vespertina”. Ambos os signos têm a mesma referência (o planeta Vênus), muito embora sentidos distintos. A questão de sua utilização não tem a ver com o conteúdo do que é dito, mas com o sentido, ou o modo distinto de transmitir o mesmo conteúdo, a mesma referência no mundo real.

“Parece então evidente que se pode pensar como associado a um símbolo (nomes, combinação de palavras, caracteres), além daquilo que designa, que se pode chamar de ‘referência do símbolo’, também o que gostaria de chamar de ‘sentido do símbolo’, no qual está contido o modo de apresentação. Assim, a referência das expressões no nosso exemplo ‘o ponto de intersecção de *a* e *b*’ e ‘o ponto de intersecção de *b* e *c*’ seria a mesma, mas não o seu sentido. A referência de ‘a estrela da manhã’ e ‘a estrela da tarde’ seria a mesma, mas não o sentido.”³³

Apoiando-se em Frege, pode-se igualmente sustentar que “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa”, apesar de sentidos distintos, têm a mesma referência no mundo jurídico: uma obrigação certa, líquida e exigível denominada dívida fiscal – “a situação jurídica subjetiva, decorrente do lançamento, que, referindo a determinado contribuinte a obrigação previamente concretizada pelo fato gerador, integra no patrimônio daquele o débito individual do tributo”³⁴.

Os diferentes sentidos para a mesma referência no mundo jurídico não podem, portanto, afetar o seu conteúdo substancial, especialmente os atributos de certeza, liquidez ou exigibilidade do débito fiscal. Eles simplesmente ressaltam aspectos relacionados à parte credora (quando se utiliza “Crédito Tributário”) ou à parte devedora (quando se utiliza “Dívida Ativa”)³⁵.

Defender juridicamente que o “Crédito Tributário” adquire atributos de certeza, liquidez e exigibilidade após a inscrição em “Dívida Ativa da União”, como

³³ FREGE, G. Sobre o sentido e a referência. Tradução Sérgio R. N. Miranda. *Fundamento – Revista de Pesquisa em Filosofia* v. 1, n. 3. Ouro Preto, maio/ago. 2011, p. 22. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/fundamento/article/view/2271/1723>. Acesso em: 16 jul. 2025.

³⁴ BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 204.

³⁵ O art. 204 do CTN não exclui a presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, mas, ao contrário, reforça esses mesmos atributos, que estão contidos anteriormente à inscrição. Esse reforço se faz necessário enquanto técnica legislativa para dizer que o sentido do termo “Dívida Ativa”, a realçar os direitos e garantias do devedor, não elimina o conteúdo substancial de sua referência, que é a mesma do termo “Crédito Tributário”, cujo sentido realça os privilégios e as preferências do credor.

uma interpretação não sistemática do art. 2º, § 3º, da LEF poderia induzir, e portanto confundir “sentido” e “referência”. Os termos têm a mesma referência, que é o débito fiscal apurado e liquidado por autoridades administrativas em uma atividade plenamente submetida à Lei³⁶, muito embora tenham sentidos distintos.

É preciso pois reconhecer que os débitos fiscais, constituídos sob as mais diversas formas de lançamento previstas no CTN, e arrecadados pela Receita Federal do Brasil enquanto ainda créditos tributários, e que totalizaram 2,5 tri de reais somente em 2024³⁷, não estão eivados da cláusula *cum certum est et quantum debeatur*.

4. Conclusão

No tempo presente, o Estado de Direito não pode ser concebido sem a revisão administrativa como um de seus fundamentos. A faculdade de autotutela que se confere à Administração para revisar seus próprios atos, quando eivados de ilegalidades, tem como fim último a satisfação do próprio interesse público, expresso através da Lei e do Princípio de Certeza de Adam Smith: tributar não é arrecadar mais, mas arrecadar o certo.

O Brasil, contudo, tem sido profícuo em fracassar na cobrança tributária, pois além de adotarmos as piores opções de modelos de cobrança, quais sejam a cobrança coercitiva judicial, a gestão externa e a ênfase na cobrança coercitiva, desconfiamos da atividade exercida pela Administração Tributária, colocando em xeque atributos essenciais do crédito tributário e impedindo-a de manejar plenamente os meios legais para a cobrança persuasiva, especialmente a transação, prevista no art. 171 do CTN.

“A arrecadação pelo atual sistema de execução fiscal é uma demonstração cabal de sua ineficiência e uma das principais causas da apostila crescente dos contribuintes na vantagem de não pagar os tributos no prazo, dado que o Estoque da Dívida Ativa da União representa cerca de metade do valor de toda a Dívida Pública da União.”³⁸

³⁶ Princípio de Certeza de Adam Smith (*Riqueza das Nações*, 1776): “a taxa que cada indivíduo é obrigado a pagar deveria ser certa e não arbitrária. O tempo de pagamento, a maneira, quantidade a ser paga, tudo deveria ser claro e simples para o contribuinte e a qualquer pessoa.” (SMITH, A. *Riqueza das nações* (Ed. Condensada) – Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 4. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 346)

³⁷ O valor corresponde apenas ao arrecadado pela Receita Federal do Brasil. *Análise Arrecadação Dez2024*. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/arrecadacao-federal/2024/apresentacao-arrecadacao-dez-2024.pdf/view>.

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cd-cle27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025, p. 8.

De acordo com a experiência internacional, o ideal seria a adoção de uma cobrança administrativa³⁹ com gestão interna. Contudo, em um horizonte temporal plausível para um país em desenvolvimento e carente de adoção das melhores práticas recomendadas pela OCDE, dificilmente haverá uma mudança legislativa significativa para transformar o atual modelo de cobrança coercitiva e a sua execução por gestão externa, através da PGFN. A Portaria PGFN n. 33/2018 é cristalina na perpetuação desse viés:

“Art. 1º O controle de legalidade dos débitos encaminhados para inscrição em dívida ativa da União consiste na análise, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, essenciais à formação do título executivo necessário à prática de qualquer ato de cobrança coercitiva, seja judicial ou extrajudicial.

§ 1º Débito certo é aquele cujos elementos da relação jurídica obrigacional estão evidenciados com exatidão.

§ 2º Débito líquido é aquele cujo valor do objeto da relação jurídica obrigacional é evidenciado com exatidão.

§ 3º Débito exigível é aquele vencido e não pago, que não está mais sujeito a termo ou condição para cobrança judicial ou extrajudicial.

Art. 2º O controle de legalidade dos débitos encaminhados para inscrição em dívida ativa da União constitui direito do contribuinte e dever do Procurador da Fazenda Nacional, que poderá realizá-lo a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do interessado.

Parágrafo Único. O disposto neste artigo não afeta as competências privativas dos órgãos de constituição de créditos cobrados, nem implica revisão do lançamento tributário pela PGFN.”

Entre o ideal e o possível, deve-se propor ao debate público o deslocamento da ênfase atual da cobrança coercitiva para a cobrança persuasiva, que deve realizar-se plenamente no âmbito da Receita Federal do Brasil. Talvez, a ampliação da transação no âmbito da RFB encontre dificuldades, especialmente diante da assunção de que o mero traslado do estoque de dívidas certas, líquidas e exigíveis de uma repartição (RFB) para outra (PGFN), que é um ato puramente formal para o início da cobrança judicial, possa revestir-se de ato constitutivo de atributos de um débito fiscal.

Procurou-se demonstrar, a partir de Frege e da distinção entre “sentido” e “referência”, que os termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa” possuem a mesma referência no mundo jurídico, mesmo que com sentidos distintos. Portanto, não se pode privar o conteúdo essencial do termo “Crédito Tributário” de seus atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, como uma interpretação não sistemática da legislação tributária poderia induzir.

³⁹ O modelo de cobrança coercitiva proposto pelo CIAT (2015) é administrativa (Sección 6. Procedimiento administrativo de cobro ejecutivo).

Que o termo DAU, que possui um sentido específico, possua atributos constantes na referência “débito fiscal”, não significa que tal atributo possa existir apenas nesse termo. O termo CT, que possui um sentido distinto de DAU, também possui atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, conforme o art. 142 do CTN. Referir-se a Sócrates como o “marido de Xantipa” ou o “mestre de Platão” implica certamente em sentidos distintos, mas não retiram o status de grande filósofo a partir da opção por um dos termos.

Privar a sociedade de um debate sério e respeitoso acerca da ampliação da transação no âmbito da RFB é desprezar que existe um potencial de aumento da arrecadação, conforme expresso na exposição de motivos da MP n. 899/2019, que é expressa ao apontar a utilização do instituto no âmbito da Receita Federal dos Estados Unidos da América (Internal Revenue Service).

“A transação na cobrança da dívida ativa da União acarretará redução do estoque desses créditos, limitados àqueles classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, incrementará a arrecadação e esvaziará a prática comprovadamente nociva de criação periódica de parcelamentos especiais, com concessão de prazos e descontos excessivos a todos aqueles que se enquadram na norma (mesmo aqueles com plena capacidade de pagamento integral da dívida). O modelo ora proposto possui bastante similaridade com o instituto do ‘Offer in Compromise’, praticado pelo Internal Revenue Service (IRS), dos Estados Unidos da América.”

Ampliar a transação na RFB é algo importante, não apenas por um enfoque meramente consequencialista: aproximar a arrecadação efetiva da potencial, diminuir a litigiosidade fiscal e desafogar o Poder Judiciário. Mas também porque devemos incentivar valores na sociedade, evitando armadilhas puramente utilitaristas: pagar oportunamente os impostos é um valor, ou seja, quem tem um débito fiscal jamais deve preferir diferir o pagamento para uma futura inscrição em DAU; Justiça Fiscal é outro valor, ou seja, devemos não apenas imputar bem, mas também cobrar efetivamente os imputados, o que não ocorre atualmente diante do baixo grau de recuperabilidade da DAU. Tudo isso sem desnaturalizar a ampla defesa, o contraditório e as prerrogativas institucionais da PGFN.

Há um componente axiológico na missão da RFB, que é “contribuir para o bem-estar econômico e social do país”. Estamos realmente contribuindo para o bem-estar social de um país em desenvolvimento, que necessita de recursos públicos para satisfazer as demandas de seu povo, vivendo com um estoque crescente de dívidas fiscais incobráveis?

Essa é uma pergunta que não pode ser respondida nem pela RFB, nem pela PGFN. Para Moore⁴⁰, o árbitro do valor público das instituições são os cidadãos

⁴⁰ MOORE, Mark H. Public value accounting: establishing the philosophical basis. *Public Administration Review* v. 14, iss. 4, 2014, p. 465-477. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/mar>

ZEIDAM, Gadafy de Matos. Sobre Sentido e Referência dos Termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa”: um Debate em Benefício da Sociedade Brasileira.

Revista Direito Tributário Atual v. 60, ano 43, p. 138-156. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2025.

em sua coletividade, não as instituições. Melhorar, portanto, a cobrança tributária no Brasil, mais do que uma competição interinstitucional, é uma legítima aspiração da sociedade em seu todo, que quer o bom funcionamento de seu sistema tributário: tanto na parte de imputação dos inadimplentes quanto na parte de cobrança dos imputados.

Para esse mister, a Administração Tributária brasileira conta com profissionais conscientes da importância de converter a obrigação *ex lege* de pagar tributos em efetiva arrecadação nos cofres públicos em uma atividade plenamente vinculada à lei. Não é uma questão de arrecadar mais, mas de arrecadar o certo e com mais efetividade. As palavras de João Batista ecoam com ressonância no coração e na motivação de cada Auditor-Fiscal no exercício de sua competência privativa prevista no art. 142 do CTN:

“Não deveis exigir nada além do que vos foi prescrito”. (Lc 3, 13)

5. Bibliografia

- ABRAHAM, M.; Pereira, V. P. (coord.). *Sistemas tributários no mundo. A tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020.
- BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 226, 2001, p. 187-212. DOI: 10.12660/rda.v226.2001.47240. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- BRASIL. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. *Modelo de Código Tributario del CIAT – un enfoque basado en la experiencia latinoamericana*. Cidade do Panamá: CIAT, GIZ, BID, 2015. Disponível em: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. *Manual sobre recaudación y cobranza de tributos*. [S. l.]: CIAT, GIZ, BID, 2016. Disponível em: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2016_manual_recaudacion_cobranza.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdcc1e27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.

kmoore/files/moore_public_value_accounting_2014-public_administration_review.pdf. Acesso em: 22 set. 2025. DOI: 10.1111/puar.12198.

ZEIDAM, Gafady de Matos. Sobre Sentido e Referência dos Termos “Crédito Tributário” e “Dívida Ativa”: um Debate em Benefício da Sociedade Brasileira.

Revista Direito Tributário Atual v. 60. ano 43. p. 138-156. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2025.

- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. *Informe de Evaluación del Desempeño TADAT – España*. [S. l.]: FMI, 2020. Disponível em: https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Agencia_Tributaria/Planificación/Plan_estratégico_2020_2023/TADAT_Informe.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.
- FREGE, G. Sobre o sentido e a referência. Tradução Sérgio R. N. Miranda. *Fundamento – Revista de Pesquisa em Filosofia* v. 1, n. 3. Ouro Preto, maio/ago. 2011, p. 21-44. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/fundamento/article/view/2271/1723>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- GODOY, A. S. M. Fundamentos históricos e conceituais do Código Tributário Nacional: Rubens Gomes de Sousa, suas Cartas, suas Ideias, seu Projeto. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 1. Brasília, jan./jun. 2020, p. 43-94. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/10687>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- LALANDE, A. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. Tradução Fátima S. Correia, Maria E. V. Aguiar, José. E. Torres, Maria G. Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAMADRID, P. M. G. *A mudança do paradigma das relações tributárias entre a Receita Federal e os contribuintes*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29915>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- MOORE, Mark H. Public value accounting: establishing the philosophical basis. *Public Administration Review* v. 14, iss. 4, 2014, p. 465-477. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/markmoore/files/moore_public_value_accounting_2014-public_administration_review.pdf. Acesso em: 22 set. 2025. DOI: 10.1111/puar.12198.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2015, edição 2016*. Brasília, PGFN, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/PGFN%20em%20Numeros%202016.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2016, edição 2017*. Brasília, PGFN, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/PGFN%20em%20Numeros%202017.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2017, edição 2018*. Brasília, PGFN, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf/view. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2018, edição 2019*. Brasília, PGFN, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_

- numeros_2019.pdf/view. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2019, edição 2020*. Brasília, PGFN, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2020/view>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2020, edição 2021*. Brasília, PGFN, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_numeros.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2021, edição 2022*. Brasília, PGFN, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn_em_numeros25042022-compressed.pdf. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2022, edição 2023*. Brasília, PGFN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *PGFN em Números – Dados de 2023, edição 2024*. Brasília, PGFN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfnem-numeros2024.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- SALES, L. M. M.; ANDRADE, M. D. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* ano 48, n. 192. Brasília, out./dez. 2011, p. 43-54. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence>. Acesso em: 16 jul. 2015.
- SILVA, J. M. P. Q. *Execução fiscal: eficiência e experiência comparada*. Estudo Técnico (Consultoria Legislativa). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/b6309572-b79b-438c-b5f1-2de-d353d8dbb>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- SMITH, A. *Riqueza das nações (Ed. Condensada) – Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 4*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- TIPKE, K. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

A Negociação Tributária como Executora da Vedação aos Efeitos de Confisco

The Tributary Negotiation as the Executor of the Sealing of Effects for Confiscation

José Ivan Ayres Viana Filho

Doutorando e mestre (2020) pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor substituto pela UFC, no Departamento de Direito Público. Técnico Judiciário (Área Judiciária) do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, atuando na Coordenadoria de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão e na Coordenadoria de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados e servidores da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará. *E-mail:* ivanviana2013@gmail.com.

Recebido em: 16-11-2024 – Aprovado em: 5-8-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.7.2025.2648>

Resumo

A vedação aos efeitos de confisco, como norma jurídica, para a doutrina, é considerada um conceito jurídico indeterminado. O objetivo é, dessa maneira, investigar se essa norma pode ou não ser encarada como sendo, ao mesmo tempo, um princípio, uma regra, um postulado, um direito fundamental e uma garantia fundamental. E, por fim, analisa se essa norma pode ser concretizada pela negociação tributária, através dos institutos do negócio jurídico processual e da transação tributária. A metodologia utilizada foi exploratória, realizada pela pesquisa bibliográfica e documental existente sobre vedação aos efeitos de confisco, sobre negócio jurídico processual e sobre transação tributária. Conclui-se que a vedação aos efeitos de confisco cumpre todas as categorias jurídicas anteriormente mencionadas. E, por ser um postulado jurídico, contribui para uma negociação tributária, seja pelo negócio jurídico processual ou pela transação tributária, que possibilita ao contribuinte não ser confiscado no processo tributário.

Palavras-chave: vedação aos efeitos de confisco, negociação tributária, negócio jurídico processual, transação tributária.

Abstract

The sealing of effects for confiscation, as juridic norm, for the doctrine, is considered an indefinite legal concept. The purpose is, in this manner, investigate whether such role might or might not be faced as being, at the same time, a principle, a rule, a postulate, a fundamental right and a fundamental guarantee. And, finally, analyzes whether this norm, can be achieved by tributary negotiation through the institutes of the contract of procedure and settlement of tax dispute. The methodology used was exploratory, carried bibliographic and documentary research about sealing of effects for confisca-

tion, about contract of procedure and about settlement of tax dispute. The conclusion that sealing of effects for confiscation complies with all the legal categories previously mentioned. And, being an juridic postulate, contributes to a tributary negotiation, be by contract of procedure or by settlement of tax dispute, that allows the taxpayer not be confiscated in the tax procedure.

Keywords: sealing of effects for confiscation, tributary negotiation, contract of procedure, settlement of tax dispute.

Introdução

A negociação tributária, no Brasil, pode se dar hoje pelos instrumentos da transação tributária e do negócio jurídico processual. Cada um desses instrumentos pode concretizar diversos direitos fundamentais, mas o artigo visa investigar tão somente as suas influências para a concretização da vedação aos efeitos de confisco. Este pode ser entendido por algumas conceituações que a doutrina, normalmente, costuma atribuir-lhe: princípio ou regra constitucional.

Ou, de forma mais geral, no Brasil, a vedação aos efeitos de confisco é percebida como um direito fundamental do contribuinte ou como um conceito jurídico indeterminado. Segundo aqui se investigará, no entanto, questiona-se se essa norma jurídica também poderia ou não ser compreendida como um postulado jurídico ou como uma garantia fundamental. Por fim, investiga-se se os institutos que permitem a negociação tributária, dentro do processo tributário, concretizam, de algum modo, uma tributação menos confiscatória.

A negociação tributária quando visa beneficiar, quase que exclusivamente, a Fazenda Pública, não irá concretizar a vedação aos efeitos de confisco. No entanto, não será por conta dessa possibilidade fática e jurídica que não se possa suceder também acordos tributários que, ao beneficiarem, de algum modo, determinado particular, acabam por permitir a promoção desse direito ou garantia fundamental. E quando a avença tributária é realizada no âmbito processual, encontra respaldo também na menor onerosidade ao executado.

Assim, após uma delimitação conceitual do que seja a vedação aos efeitos de confisco, passa-se a observá-la quando concretizada tanto pelo negócio jurídico processual quanto pela transação tributária, que são os institutos jurídico, no Brasil, que permitem a negociação tributária. Adota-se o tipo de metodologia exploratória, a partir do método de pesquisa bibliográfica e documental sobre vedação aos efeitos de confisco, sobre negócio jurídico processual e sobre transação tributária.

Definido o objeto da pesquisa e a metodologia, a problematização decorre da ressalva anteriormente mencionada. Ou seja, que, por vezes, os acordos tributários são realizados, quase que exclusivamente, para beneficiar o fisco. Isso porque o agente fiscal tem uma margem maior de manobra, decorrente da sua vinculação às concessões que a própria lei lhe permite atuar, exigindo-se dos contribuintes contrapartidas desproporcionais para a negociação, as quais, por certo,

não concretizam a vedação aos efeitos de confisco. Pensando nisso, é importante aos que se debruçam sobre esse assunto buscar direitos ou garantias fundamentais que ajudem o jurisdicionado no processo judicial tributário, como a vedação aos efeitos de confisco.

1. O princípio, a regra, o postulado, o direito e a garantia fundamental, na modalidade limite, da vedação aos efeitos de confisco

Jurisprudencialmente, a conceituação do que se tem de tributo com efeito confiscatório, no Brasil, foi proposta na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.010 do Supremo Tribunal Federal (STF). Consolidou-se o entendimento de que, para a configuração do confisco, seria um dever analisar a carga tributária global, porque, desse modo, verificar-se-ia a capacidade contributiva real do indivíduo. Essa análise deveria se restringir a um certo período de tempo, sendo que a tributação analisada deveria ser praticada pela mesma pessoa política. Por conseguinte, não se observaria se um determinado tributo, em particular, seria confiscatório ou não, mas sim a carga tributária total que um contribuinte suportaria, de fato, de um mesmo ente político, em determinado período de tempo¹.

Com base nesse entendimento jurisprudencial do STF e de outras decisões já proferidas ao longo da sua atuação institucional², várias exações fiscais cobradas pelo fisco, apesar de parecerem confiscatórias se analisadas isoladamente, são chanceladas pelo Poder Judiciário até os dias de hoje. Cite-se, como exemplo, o Decreto-lei n. 1.025/1969, que aumenta a dívida do contribuinte em 20% apenas por inscrevê-lo na Dívida Ativa. Essa legislação tributária foi elaborada na época da Ditadura Militar, assim como várias leis processuais tributárias: Decreto n. 70.235 do Processo Administrativo Fiscal (1972), recepcionado pela Constituição

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.010*. A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Recorrido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello. 20 set. 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjurl8013/false>. Acesso em: 02 nov. 2024.

² Para uma análise mais quantitativa a respeito das decisões do STF, de 1998 a 2018, sobre a vedação aos efeitos de confisco, Pozzetti e Lima expressam que “das decisões analisadas para o Sujeito Passivo (contribuinte) a mais favorável foi a multa confiscatória, seguida do excesso de execução fiscal e cobrança indevida para a Seguridade Social com quatro decisões.” (POZZETTI, Valmir César; LIMA, Helton Carlos Praia de. A hermenéutica constitucional do STF quanto à amplitude do princípio da vedação ao confisco tributário. *Revista Jurídica Cesumar* v. 19, n. 1. Paraná, jan./abril 2019, p. 225-247, p. 240-242.

de 1988 com *status de lei*, e a Lei n. 6.830, também chamada de Lei de Execução Fiscal (1980)³.

O próprio Código Tributário Nacional (CTN) foi publicado nesse período (1966). Ou seja, todo o processo de cobrança tributária ainda carrega uma feição autoritária. Por isso, ressalta-se aqui a importância dos instrumentos de negociação tributária (negócio jurídico processual e transação tributária), publicados nos últimos anos, por quebrarem esse paradigma que remonta ao período da derrama (1750) por um outro que busca a empatia, a alteridade e a dialogia⁴, bem como, conforme aqui se proporá, possibilitar a concretização da vedação aos efeitos de confisco.

A derrama é considerada, ao mesmo tempo, uma espécie tributária, pois se cobrava 20% (vinte por cento) do ouro obtido, e processo tributário, por ser um procedimento para exigibilidade do crédito tributário já existente, quitada, em ouro, pelos colonos. Desse modo, todos os habitantes, mineradores ou não, contribuíam forçosamente, calculando-se as contribuições ao acaso, através de estimativas das posses de cada um⁵⁻⁶. Foi esse confisco que motivou Joaquim da Silva Xavier (Tiradentes) a partir para a Inconfidência Mineira.

A derrama foi uma técnica que, de longe, lembra o atual arbitramento, permitido pelo CTN, em seu art. 148, utilizado *em último caso*, quando impossível descobrir a verdade aproximada da base de cálculo, decorrente de omissão imputável ao próprio contribuinte, no seu dever de informar os fatos tributáveis⁷. Contudo, se o arbitramento for usado de forma arbitrária, ou seja, quando for possível por outros meios descobrir a verdade material, e a autoridade se negar a levá-los em consideração, poderá sim se assemelhar ao instituto da derrama, praticando confisco em face do contribuinte.

Confisco é a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado sem a correspondente indenização⁸. O conceito de tributo do art. 3º do CTN não pre-

³ MORAIS, Roberto Rodrigues. Tiradentes reagiria novamente contra altos tributos. E você? *Só Notícias*. Sinop-MT, 2008. Disponível em: <https://www.sonoticias.com.br/opiniao/tiradentes-reagiria-novamente-contra-altos-tributos-e-voce/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁴ Conrado e Camano tratam dessa alteração de paradigma quando comentam sobre a modalidade da transação tributária de tese. CONRADÓ, Paulo Cesar; CAMANO, Fernanda Donnabella. *O (des)contencioso tributário: da litigiosidade escalar à transação de tese*. São Paulo: Noeses, 2023, p. 97-100. O mesmo pode ser, aqui, declarado para o negócio jurídico processual, que foi potencializado, anteriormente à introdução da transação tributária no âmbito federal, com a alteração do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 2015).

⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira: a época colonial*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, tomo I, 2003. v. 2, p. 440.

⁶ GASSEN, Valcir; OLIVEIRA, Luiz Fernando de. Tributação, direito tributário e Inconfidência Mineira no contexto das revoltas fiscais brasileiras: para além de Tiradentes. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 11, n. 1. Brasília, jan./jun. 2016., p. 377-400, p. 383-384.

⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Poder público e litigiosidade*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 21-23.

⁸ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ceitua que deva ser representado pela sanção de um ato ilícito, sendo que confisco possui justamente uma ideia de punição⁹. Não obstante essa realidade jurídica, a própria Constituição e, mesmo determinadas leis, autorizam determinados confiscos, como aquele incidente sobre culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou aquelas utilizadas para a exploração de trabalho escravo (art. 243 da Constituição Federal).

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo, positivou, expressamente, a vedação ao confisco tributário, no seu art. 150, IV. Isso, no entanto, não significa que essa norma jurídica não existisse, implicitamente, nas constituições anteriores, decorrentes do direito de propriedade¹⁰ e do princípio da capacidade contributiva¹¹. Mas será que sua positivação, dentro das limitações constitucionais ao poder de tributar, alterou o seu *status jurídico* de algum modo? Nesse sentido, a seguir, será investigado se poderá esse dispositivo constitucional cumprir, ao mesmo tempo, ou não, as categorias jurídicas de princípio, de regra, de postulado e de direito ou garantia fundamental.

1.1. A vedação aos efeitos de confisco como um princípio jurídico

Segundo Germana Moraes, o “direito por regras”, característico do Estado de Direito, cedeu lugar, no constitucionalismo atual, pelo “direito por princípios”. Essa transformação acarretou na menor previsibilidade e maior incerteza sobre as decisões judiciais. Esse contexto também seria um reflexo da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados. Passou-se a levar em consideração não apenas o princípio da legalidade, mas também, por exemplo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O pós-positivismo está sendo marcado, inclusive, pela hegemonia dos princípios sobre as regras¹².

⁹ “CONFISCO. Ou *confiscação*, é vocábulo que se deriva do latim *confiscatio*, de *confiscare*, tendo o sentido de ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao *fisco* bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei. Em regra, pois, o confisco se indica uma *punição*. Quer isto dizer que sua imposição, ou decretação, decorre da evidência de crimes ou contravenções praticadas por uma pessoa, em virtude do que, além de outras sanções, impõe a lei a *perda* de todos ou parte dos bens em seu poder, em proveito do *erário público*.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I e II, p. 505.

¹⁰ A vedação do confisco tributário, segundo Machado, seria meramente explicitante do direito de propriedade, sendo flagrantemente inconstitucional. MACHADO, Hugo de Brito. *Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetivação da jurisdição*. Tese (Doutorado em Direito), Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, p. 153.

¹¹ Para Falcão e Machado, o efeito de confisco inicia onde termina a capacidade contributiva do cidadão. FALCÃO, Maurin Almeida; MACHADO, Ieda. O limite frágil entre a capacidade contributiva e a vedação ao confisco no sistema constitucional tributário. *Nomos, Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC* v. 32, n. 1. Fortaleza, 2012, p. 98.

¹² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 25-26.

Sacha Coêlho expressa que o princípio do não confisco foi historicamente utilizado para fixar patamares de tributação tidos por suportáveis, de acordo com a cultura, o seu povo e as suas conjunturas históricas adversas pelas quais passaram. Desse modo, esse princípio se pareceria mais com um *princípio da razoabilidade na tributação*, pois o que seria razoável hoje pode não o ser amanhã. No entanto, nas sociedades modernas, o confisco seria *non sense*, pois a tributação exacerbada teria finalidade exclusivamente extrafiscal (*v.g. imposto seletivo*), que arredaria esse princípio. Para ele, a tributação atual brasileira seria confiscatória¹³.

Era muito mais fácil verificar o confisco, no passado, do que nos dias atuais. Tiradentes e outros revolucionários não precisaram calcular qual a carga tributária razoável de ser tributada. Simplesmente, sentiram que estava exorbitante e partiram para o combate. No passado, a pobreza era muito maior e com pouca mobilidade social, dado que o Brasil ainda nem havia conseguido sua Independência de Portugal. Hoje, por sua vez, vive-se em um estado independente, que necessita oferecer serviços imprescindíveis à população através da tributação.

Por isso, por mais que a tributação atual ainda seja até maior do que aquela verificada outrora, sente-se menos a injustiça tributária do que antigamente, mas ainda assim se partilha desse sentimento, recorrendo-se os tributaristas ao Judiciário que, como já se disse, chancela algumas situações nitidamente confiscatórias. Ou, talvez, apenas faltem bons novos revolucionários, adaptados a esse novo contexto brasileiro, que, conforme já mencionado, ainda é bastante autoritário.

A vedação aos efeitos de confisco é um conceito indeterminado. E, de acordo ainda com as lições de Germana Moraes, há dificuldades na aplicação desses conceitos, por comportarem um variado número de situações hipotéticas, sendo algumas delas enquadradas perfeitamente nesse conceito e outras não, além de situações que se encontram numa penumbra. Haverá, nesses casos, dúvidas de aplicação, por serem duvidosas ou incertas a incidência da norma sobre tais casos. Exigir-se-á um processo semântico de densificação, através de valorações, a fim de colmatar e complementar o significado desses conceitos, adequando-os aos casos concretos¹⁴.

A despeito da posição de Ricardo Torres, que entende que o efeito confiscatório seria uma imunidade fiscal direcionada contra a cobrança de tributos¹⁵, a

¹³ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O princípio do não confisco e a incidência do imposto sobre a renda ganha e sobre a renda gasta com IBS e CBS. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 22, n. 129. Belo Horizonte, maio/jun. 2024, p. 31-35, p. 34.

¹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 62-65.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra Silva (coord.). *Pesquisas tributárias. Nova série* n. 6. São Paulo: RT, 2000, p. 168. “A imunidade contra os tributos confiscatórios está em simetria com a do mínimo existencial, fundada também na liberdade: enquanto aquela impede a tributação além da capacidade contributiva, a imunidade do mínimo vital protege contra a incidência fiscal aquém da aptidão para contribuir.” TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3, p. 130.

maior parte da doutrina nacional considera como um princípio jurídico¹⁶, ligado à justiça ou à segurança jurídica. Isso significa que poderia entrar em rota de colisão com outros princípios. Por exemplo, quando a tributação tivesse uma função extrafiscal, para desestimular determinadas formas de comportamentos, seria plausível uma tributação confiscatória, como forma de desestimulá-los. Outrossim, a vedação ao efeito de confisco dos tributos advém de um processo dialético entre interesses opostos (poder de tributar do estado e direitos fundamentais dos contribuintes)¹⁷.

Dissente-se aqui do entendimento de Misabel Derzi, que pregoa que apenas a isonomia tributária estaria correlacionada com a justiça tributária, por ser relativa e aferível por comparação, obrigando o legislador a graduar a tributação de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes, enquanto o princípio que veda ao legislador utilizar o tributo com efeito de confisco seria absoluto e amplo por não suportar comparação¹⁸. Considera-se sim a vedação aos efeitos de confisco atrelado à justiça tributária, quando analisado não de modo estático, mas dinamicamente, de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte, sem descurar de uma análise conjugada com o princípio da isonomia tributária.

Eros Grau critica a visão principiológica do direito contemporâneo, ao expressar que os princípios (espécie) são, na verdade, regras (gênero), na concepção funcional da normatividade do direito. Por esta, a essência normativa de um texto jurídico residiria na generalidade, que é a aptidão da regra para receber aplicações *a priori* ilimitadas. Essa concepção funcional excluiria qualquer oposição entre regra e princípio. Os princípios, portanto, são identificados pelo seu *alto grau de generalidade* e pela sua maior *proximidade aos valores*. No entanto, essa vizinhança valorativa não lhes retira o caráter de regra. Portanto, ele exorciza o *paradigma dos princípios* e passa aos temas da *interpretação* e da *discricionariedade*¹⁹.

¹⁶ “Os estudos doutrinários a seu respeito reforçam a dificuldade de extrair diretrizes seguras daquilo que comumente chamam de ‘princípio’ da proibição de confisco. E externam o baixo grau de controlabilidade conferido ao operador do direito no momento de manuseá-lo. Fica claro que há dúvidas sobre o que ele realmente é, para o que ele efetivamente serve e de que modo ele é aplicado aos casos concretos na busca pelos limites ao poder de tributar. O resultado prático dessa insegurança é simples: a proibição referida deixa de ser utilizada aos casos em que poderia atuar e, com isso, perde a função a ela confiada pela Constituição.” MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 10-11.

¹⁷ MACHADO, Carlos Henrique. *Princípio de vedação ao efeito de confisco: interpretação a partir de uma redefinição crítica do direito tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2011, p. 20.

¹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais*. Minas Gerais, 1989, p. 150; 160.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 100-116.

Nesses temas, Eros Grau faz a distinção entre esses termos. *Interpretação* seria a formulação de *juízos de legalidade* no campo da prudência, desenvolvida pelo intérprete autêntico através do *texto*; enquanto a *discrecionariedade* é executada por *juízos de oportunidade* entre *indiferentes jurídicos*, realizada *subjetivamente* pelo agente. E a ponderação entre princípios se daria entre *indiferentes jurídicos*, de forma *discrecionária*, e não por um *juízo de legalidade*. A ponderação extirpa o caráter de norma jurídica. Então, para ele, *princípios do direito* não podem ser ponderados entre si, mas apenas *valores* podem ser submetidos a essa operação²⁰.

Sendo um princípio, que é uma espécie do gênero regra, nos termos de Eros Grau, a vedação aos efeitos de confisco comporta, portanto, valores como justiça, segurança jurídica e liberdade, que podem vir a ser ponderados com outros valores constitucionais, através de um juízo de ponderação entre *indiferentes jurídicos*, de forma *discrecionária*. A seguir, observar-se-á a vedação aos efeitos de confisco como uma regra jurídica.

1.2. A vedação aos efeitos de confisco como uma regra jurídica

Para Robert Alexy, as regras apresentam uma prescrição ou um mandamento definitivo, ostentando razões definitivas, afastadas apenas por regras mais específicas que estabeleçam exceções aos seus preceitos²¹. É exatamente o que ocorrerá com a vedação ao confisco, porquanto essa garantia impõe uma consequência definitiva de afastar a tributação que ultrapasse determinado limite percentual tolerado pelo ordenamento jurídico para a subsistência digna do cidadão. Se não ultrapassar esse limite percentual, não haverá a aplicação das consequências desse direito fundamental.

O grande problema é que a Constituição brasileira não foi clara quanto a essa norma constitucional, como o foi, por exemplo, para o princípio da anterioridade tributária. Diferentemente de tribunais de outros países que já estabeleceram porcentagens, mesmo que decorrentes de outros dispositivos constitucionais, como na Alemanha, com base no art. 14, II, da Lei Fundamental alemã²², no Brasil, atualmente, a vedação aos efeitos de confisco é entendida como um conceito jurídico indeterminado.

No Brasil, portanto, não se pode extrair uma regra jurídica clara no antecedente da norma. Ou seja, não se sabe de antemão qual a porcentagem que, em

²⁰ “Dizendo-o de outro modo: a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definiria como *norma jurídica*. Curiosamente, a doutrina afirma que os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixariam de sê-lo; funcionariam, então, como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas...*” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 117-119.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103-108.

²² “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.” AACHEN, Assis Mendonça (trad.); BONN, Urbano Carvelli (rev.). *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Berlim: Deutscher Bundestag, 2022.

todos os casos, fará incidir a aplicação das consequências da sua caracterização, apesar de os tribunais, em cada caso a eles submetidos, decidirem a respeito.

De outro giro, o uso da propriedade deve, na Alemanha, servir tanto ao gozo privado como ao bem de todos pela ideia de função social da propriedade, apesar de ser mais justo que os indivíduos pudessem gozar da maior parte de sua renda²³. Neste país europeu, a Corte Constitucional elaborou o princípio da medida (*Halbteilungsgrundsatz*), no qual previu-se que o imposto sobre o patrimônio só seria acrescido aos demais impostos sobre rendimentos, se a carga tributária total da renda esperada ficasse perto de meio a meio entre o estado e as mãos privadas, deduzidas as aplicações e demais desembolsos²⁴.

Essa tese foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão com base na obra de Paul Kirchhof, após este autor ter se tornado seu membro. Foi decidido em um caso sobre o patrimônio, nos quais os rendimentos de capital só poderiam ser tributados por esse imposto e por outros, desde que restasse metade para o contribuinte. Já a Suprema Corte da Argentina considerou confiscatório o tributo que atingisse mais de 33% (trinta e três por cento) do produto anual obtido pela exploração de um imóvel²⁵.

Casalta Nabais explica que o princípio da reprodutividade incidiria quando o indivíduo produzisse tanto quanto o seu montante, de forma a devolver o quanto arrecadado. No estado social, esse princípio foi adaptado ao considerar reprodutivas também aquelas despesas exigidas para a efetivação dos interesses gerais da economia e da correção dos resultados da distribuição econômica. Mas há uma impossibilidade de se provar um patamar idêntico de reprodutividade para cada despesa do estado²⁶.

Haveria, no entanto, uma presunção da reprodutividade de todas as despesas do estado, que seria arredada quando os impostos atingissem uma quota superior a 50% (cinquenta por cento) do Produto Interno Bruto. Nesse caso, para

²³ Sobre esse assunto, “Frederico, o Grande, escreveu, em seu segundo Testamento Político (1768), sobre a ‘grande questão’ se a tributação deveria prestigiar o bem-estar do Estado ou do indivíduo: ‘eu respondo que o Estado é composto de indivíduos e existe apenas um bem-estar, tanto para o Príncipe como para os súditos. Os pastores tosquiam suas ovelhas, mas não retiram a sua pele’. Continua: ‘É justo que cada indivíduo contribua para a manutenção das despesas estatais, mas de forma alguma é justo que ele divida de sua renda anual com o soberano. Em um Estado bem administrado, camponeses, cidadãos e nobres devem eles mesmos gozar da maior parte de sua renda e não dividi-la com o governo.’” KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 17.

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 364.

²⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso. *A análise econômica do direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Fortaleza, 2011, p. 25-26.

²⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito). Coimbra: Almedina, 2012, p. 220.

Casalta Nabais, inverter-se-ia o ônus da prova, de modo que o estado deveria provar uma justificativa *especial*, de modo *excepcional*, para o nível dos impostos atingido, sendo que o caráter fiscal do estado²⁷ será posto em causa se o sistema dos impostos possuir alcance confiscatório²⁸.

Andrei Velloso escreve que, na Alemanha, o “princípio da repartição pela metade” tratou-se, na verdade, de um *obter dictum* de sentença de 22 de julho de 1995. Ou seja, destoado de força vinculante e mesmo sem relevância para o caso apreciado. Isso porque o Tribunal Constitucional Federal não extraiu da garantia da propriedade um limite quantitativo fixo de tributação, pois essa garantia não teria sido violada, na generalidade dos casos, por leis tributárias. Com base nisso, nunca pronunciou a constitucionalidade delas, mas permitiu, em concreto, decisões de equidade:

“Conforme a intensidade do gravame imposto aos contribuintes, podem ser concebidas, em tese, três soluções diversas com respeito às decisões de equidade: a sua interdição (no caso de um ônus de grau leve), autorização (moderado) ou impositivo (severo). Em uma sistemática de simplificação impositiva conjugada com uma (ou mais) cláusula de equidade, poder-se-ia, por exemplo, admitir desigualdades amenas e moderadas, interditando a sua reparação com base na equidade, e impor a reparação das desigualdades severas.”²⁹

Segundo ainda Andrei Velloso, essas decisões de equidade se apoiam sobre fundamentos subjetivos, referentes à pessoa do contribuinte (ou um restrito grupo de pessoas) ou à sua situação econômica. Na primeira situação, por ser uma situação atípica, que não integra a hipótese de incidência, a propriedade é atingida, em sua substância, pelo tributo, podendo o contribuinte ser aniquilado finan-

²⁷ A quase totalidade dos estados atuais são considerados estados fiscais, por serem financiados com base em tributos unilaterais ou impostos. Ou seja, não tem por base outros tributos ou outras receitas. Diferencia-se, portanto, do *estado patrimonial*, como ocorreu na Idade Média que era financiada pelos bens, principalmente imóveis, do Monarca ou da Coroa; e do *estado empresarial*, como ocorreu com os estados socialistas do século XX, apesar de ter tido alguma expressão no estado iluminista. Mas, para Casalta Nabais, poder-se-ia imaginar também um *estado taxador*, o qual seria financiado por tributos bilaterais ou taxas, onde cada cidadão paga a sua parte dos serviços públicos oferecidos pelo estado. Em artigo sobre o tema, informa, no entanto, que o estado fiscal hoje está em crise, devido ao advento do estado pós-moderno que causou o contexto global dos impostos, descaracterizando a figura dos tributos e diversificando as despesas fiscais. NABAIS, José Casalta. *Crise e sustentabilidade do estado fiscal*. Belo Horizonte: Meritum, Universidade Fumecc, v. 13, n. 2, jul./dez. 2018, p. 231-259 p. 231-241.

²⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito). Coimbra: Almedina, 2012, p. 220-221.

²⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeitos de confisco na Alemanha. *Revista de Doutrina da 4ª Região* n. 35. Porto Alegre, abril 2010. Disponível em: chrome-extension://efaid-nbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663934/mod_resource/content/l/proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20tributos%20com%20efeitos%20de%20confisco%20na%20alemanha.2010.pdf. Acesso em: 15 nov. 2024.

ceiramente com o seu pagamento. No segundo caso, diz respeito aos efeitos fáticos da carga tributária global na situação econômica-subjetiva do contribuinte, com efeito estrangulador sobre a sua propriedade e sobre a sua capacidade econômica. Ressalta Andrei Velloso que é necessário se atentar, na importação dessas cláusulas, sobre essas disparidades de critérios e sobre a possibilidade de abertura à fraude tributária³⁰.

Klaus Tipke também critica essa decisão interlocutória do Tribunal Constitucional Federal alemão, já antes referida, pois não a compatibiliza com a ideia de progressividade. O termo “igualmente” do art. 14, II, da Lei Fundamental alemã, não indica que deva ser entendido “em partes iguais”. O princípio da divisão pela metade iguala aqueles preceptores de pouca renda com os que são mais ricos na sociedade. Ademais, não se ajusta ao princípio do Estado Social, apesar de este ser obrigado a ter muitas fontes tributárias. Para ele, a doutrina admite que haverá confiscação em alguns casos:

- se a imposição leva à sucumbência ou torna não rentável uma empresa,
- se a imposição absorve todo o patrimônio,
- se o tributo deve ser pago com a substância do patrimônio,
- se a imposição retira do cidadão os recursos necessários para viver,
- se o imposto sobre sucessões deixa vazio de conteúdo o direito à herança³¹.

Klaus Tipke, entretanto, reconhece a dificuldade de se dizer até que ponto uma carga tributária pode deixar de ser aceitável para que se busque resistência a ela. A vontade do trabalhador de produzir é enfraquecida, mesmo quando a carga tributária não atinge o mínimo existencial. Ademais, há diferenças étnicas do grau de suportabilidade da tributação. Por exemplo, os europeus do Norte suportariam mais altas cargas tributárias em comparação com os europeus do Sul³².

Há a dificuldade de saber quais tributos entrariam no cômputo da carga tributária global ou deveriam ser mirados individualmente, na verificação do limite de 50% (cinquenta por cento). E Klaus Tipke indaga também como fica a situação dos impostos extrafiscais (sobre o tabaco, o álcool e os ambientais). Há o problema de se saber com base em qual carga tributária total deveria ser calculado esse limite (ingressos brutos, ingressos líquidos ou renda disponível). Por úl-

³⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeitos de confisco na Alemanha. *Revista de Doutrina da 4ª Região* n. 35. Porto Alegre, abril 2010. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663934/mod_resource/content/1/proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20tributos%20com%20efeitos%20de%20confisco%20na%20alemanha.2010.pdf. Acesso em: 15 nov. 2024.

³¹ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 47-52.

³² TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 53.

mo, quando há uma sobrecarga dos vários impostos, dentro de uma federação, quais deverão ser reduzidos ou suprimidos³³.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a única que estabeleceu um limite quantitativo para o aumento de impostos. O seu art. 185 dispunha que “nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo do aumento”. Mas a vedação aos efeitos de confisco só veio a obter positivação expressa na Constituição de 1988, apesar de constar, de modo implícito, nas constituições anteriores, como é exemplo o dispositivo mencionado da Constituição de 1934³⁴.

A dificuldade de obtenção de uma norma jurídica, em forma de regra, para o confisco, pode ser explicada porque a aferição depende de curvas de indiferença da escolha do consumidor, no caso dos impostos sobre o consumo, daí que ele entende que possa ter capacidade de suportar. A despeito disso, alguns casos são exemplificativos de tributações confiscatórias³⁵, para outros tipos de tributos, como uma alíquota de 100% (cem por cento) sobre um bem imóvel, pois seria como se ele estivesse sendo privado dele ao decidir manter pela sua propriedade³⁶.

Portanto, melhor não seria a definição constitucional de uma regra jurídica que pudesse valer para todas as situações nas quais a tributação sobre todas as atividades (v.g. ser proprietário, prestar serviço, vender mercadoria, adquirir renda) tornar-se-iam tão custosas a ponto de superarem os benefícios de prestá-las, causando o efeito confiscatório. Melhor que essas regras jurídicas sejam construídas, casuisticamente, pela jurisprudência e pelo legislador³⁷, apesar de haver doutrina que defende que só a jurisdição constitucional estaria autorizada a estabelecer-las³⁸.

Isso para aqueles casos de penumbra, decorrentes do conceito jurídico indeterminado do art. 150, IV, da Constituição de 1988. Também em função de, nos

³³ TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 54-56.

³⁴ CARRAZZA, Roque Antonio; BARRENI, Smith Robert. Proibição aos efeitos de confisco no Direito Tributário: positivação, aplicação e identificação de limites objetivos. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 14, n. 1. Brasília, jan./jul. 2019, p. 28-52, p. 35-37.

³⁵ Para Hugo de Brito Machado e para Schubert de Farias Machado tributo confiscatório seria “[...] o tributo excessivamente oneroso, que por isto mesmo confisca a riqueza do contribuinte. É uma qualidade que se faz visível nos impostos diretos, como aqueles que incidem sobre o patrimônio ou sobre a renda, alíquotas elevadas.” MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. *Dicionário de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 217.

³⁶ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 208.

³⁷ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167-168. “É norma de restrição, endereçada primacialmente ao legislador o qual, ao instituir tributos, deverá graduá-los sem expropriar.” DERZI, Misabel Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 1989, p. 145.

³⁸ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Tese (Doutorado em Direito), Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2005.

casos em que houvesse uma certeza de que determinada tributação seja confiscatória, haverá uma regra jurídica decorrente da imunidade tributária. Entretanto, se for preestabelecida qual a carga tributária global, em um determinado ordenamento jurídico, que, sendo ultrapassada pelo Estado, gerará confisco, haverá uma norma regra a ser aplicada.

E, se é uma regra, haverá a necessidade de identificar qual a sanção jurídica no caso de estabelecimento de exações tributárias que evidenciem uma tributação confiscatória. Bobbio reconhece que é possível a existência de normas sem sanção jurídica, mas adverte que em um Estado de Direito é necessário um aparato sancionatório crescente, sendo mais “jurídico” do que um Estado de polícia³⁹. E a norma que se denomina vedação aos efeitos de confisco, no topo da Constituição, não pode deixar de ter uma consequência jurídica para o seu descumprimento.

E aqui se defende que a consequência jurídica do descumprimento da norma da vedação aos efeitos de confisco, no plano material, conforme se divide a doutrina sobre o assunto, seja ou a redução proporcional de cada um dos tributos ou da última exação tributária instituída. Para isso, comporta-se uma análise objetiva apenas do critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) da regra-matriz de incidência tributária⁴⁰.

Na norma que estabelece a vedação aos efeitos de confisco, esse critério quantitativo da exação tributária estará na sua hipótese de incidência. Aquilo que ultrapassar esse limite de tributação será considerado imune, de acordo com a doutrina de Ricardo Torres, não podendo o legislador ir além do que o permitido, sob pena de se declarar a inconstitucionalidade da norma tributária ou de se proferir decisões de equidade.

No plano processual, por sua vez, o juiz verifica, na execução, a menor onerosidade ao executado, que é um desdobramento da vedação aos efeitos do confisco, invalidando o excesso de execução fiscal. Por isso, não se concorda que a análise desse princípio deva ser realizada, tão somente, pela jurisdição constitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Quaisquer magistrados podem concretizá-la. Por mais que a menor onerosidade possa ser vista como um princípio jurídico, na ponderação com a máxima efetividade da execução, extraí-se uma regra jurídica de decisão. E, por fim, essa consequência jurídica pode ser pactuada por meio de instrumentos negociais que também permitem a concretização dessa limitação constitucional ao poder de tributar.

³⁹ BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 166-170.

⁴⁰ O antecedente normativo, hipótese ou descritor é esquematizado por Paulo de Barros Carvalho, na construção da regra-matriz de incidência tributária, havendo os critérios material, espacial e temporal. Já, no consequente ou no prescritor da norma, haveria os critérios pessoal e quantitativo. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242-243.

1.3. A vedação aos efeitos de confisco como um postulado jurídico

A doutrina de Humberto Ávila é no sentido de que um mesmo dispositivo poderá ser compreendido como ponto de referência para se construir regras, princípios e postulados, sendo esta última uma categoria nova que ele acrescenta. Pode haver, concomitantemente, uma dimensão comportamental (regra), finalística (princípio) e metódica (postulado). Um exemplo que ele adota é a igualdade, que é regra quando proíbe a criação de tributos que sejam diferentes para os contribuintes; princípio quando preceitua devida a concretização do valor da igualdade; postulado quando estabelece um dever jurídico de comparação a ser utilizado na interpretação e na aplicação. Define, por conseguinte, postulado como sendo um instrumento normativo metódico que impõe requisitos a serem observados na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo⁴¹.

A única tese de Doutorado, no Brasil, encontrada sobre vedação aos efeitos de confisco foi escrita por Luiz Difini em 2005, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esse autor defende que, apesar de existirem normas com caráter dúplice, por serem numa só norma, ao mesmo tempo, regra e princípio, comprehende que a vedação aos efeitos de confisco não seria nem uma coisa nem outra, mas uma norma de colisão. Para ele, por exemplo, haveria determinados princípios (em sentido lato) que não conteriam mandamentos de otimização, com validade *prima facie*, nem, muito menos, mandamentos definitivos (regras)⁴².

E, com isso, não são esses princípios, em sentido lato, aplicados por subsunção e sim por ponderação. Exemplos de princípios, em sentido lato, que ele sugere são a proporcionalidade e a razoabilidade, além da norma aqui estudada, que é a vedação aos efeitos de confisco. Não se concorda, contudo, que não se possa extrair uma norma regra e uma norma princípio da vedação aos efeitos de confisco, conforme pontuado nos tópicos anteriores. Mas se admite a existência desses princípios, em sentido lato, que seriam parecidos com as normas na modalidade postulado, proposta por Humberto Ávila, sendo um exemplo a norma da vedação aos efeitos de confisco.

Com base nesse raciocínio, pode-se entender a vedação aos efeitos de confisco tanto como uma norma postulado, visto que determina como outras normas de tributação deverão ser aplicadas em seus aspectos quantitativos, com o escopo de evitar que essa situação aconteça, ou como outras normas processuais poderão ser arranjadas, a fim de que não ocorram subtrações patrimoniais em um momento

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68-71. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 133-135.

⁴² DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Tese (Doutorado em Direito), Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2005. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Espécie normativa da vedação de tributos confiscatórios. *Revista da AJURIS* v. 40, n. 131. Porto Alegre, set. 2013, p. 230.

inadequado para o executado. É, ao mesmo tempo, uma norma princípio por comportar, finalisticamente, a realização dos valores justiça, segurança jurídica e liberdade. E é uma norma regra, por impor comportamentos ao legislador de não estabelecer determinados patamares de tributação que sejam confiscatórios, com a cominação de sanções jurídicas em caso de descumprimento.

1.4. A vedação aos efeitos de confisco como um direito fundamental

Paul Kirchhof explica que a defesa dos direitos fundamentais é relevante em face do poder de tributar do Estado. Há a necessidade, para a existência do tributo, do respeito do Direito Constitucional e da existência do seu fundamento de imposição, justificado de forma compreensível pelo legislador, a fim de proporcionar liberdade e igualdade ao contribuinte. Ocorre que alguns eleitores ainda não encaram os seus representantes eleitos como os que proporcionarão uma carga tributária reduzida, mas como aqueles que elaborarão prestações estatais adicionais, com o respectivo aumento dos tributos⁴³.

Hugo Machado menciona que o reconhecimento de um direito fundamental implica sua prevalência até onde seja possível sua convivência com outros direitos fundamentais. Isso resulta que um direito fundamental só poderá ser relativizado quando estiver em conflito com outro direito fundamental. Suas limitações são apenas aquelas previstas na Constituição ou na lei, com o objetivo de conciliar esses direitos fundamentais que se chocam, mas não nos seus aspectos essenciais, ou seja, respeitando seu núcleo essencial⁴⁴.

Raimundo Oliveira Junior faz interessante argumentação para justificar que a vedação aos efeitos de confisco é um direito com *status* fundamental. Para que isto ocorra, é necessário que determinado direito esteja positivado na Constituição, constituindo um princípio com conteúdo valorativo; seja uma limitação do poder estatal; apresente fundamentação atinente a direitos fundamentais; e, por fim, possua caráter de imutabilidade ou de difícil alteração, realizada apenas por meio de emenda constitucional. E a vedação aos efeitos de confisco possui todas essas características, sendo, portanto, um direito fundamental⁴⁵.

No entanto, a vedação aos efeitos de confisco pode entrar em colisão com outros direitos fundamentais, sendo o conflito ou resolvido pela Constituição ou pela lei. Acontece que por ser um conceito jurídico indeterminado, muitas vezes,

⁴³ KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. Tradução de Paulo Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 17.

⁴⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29-30.

⁴⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso. *A análise econômica do direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Fortaleza, 2011.

será o Poder Judiciário quem determinará se, em um caso concreto, houve ou não uma tributação confiscatória. Mas existem várias exações cobradas pelo fisco que são chanceladas pelo Poder Judiciário até os dias de hoje, conforme visto no início deste artigo.

A seguir, será demonstrado que, para além de um direito fundamental, a vedação aos efeitos de confisco também é uma garantia fundamental, na modalidade limite.

1.5. A vedação aos efeitos de confisco como uma garantia fundamental, na modalidade limite

Garantias são uma das espécies de direitos fundamentais, servindo, ontologicamente, para proteger outros direitos fundamentais. Desse modo, por serem espécies de direitos fundamentais, devem ser previstas na Constituição. E possuem três modalidades: *garantias limite* que servem para limitar o Estado, impedindo-o de avançar sobre a esfera de liberdade das pessoas, como as limitações constitucionais ao poder de tributar; *garantias institucionais* que são instituições (entes e órgãos públicos) constitucionais para proteger alguns direitos fundamentais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; *garantias instrumentais* que são instrumentos jurídicos (remédios e ações constitucionais) para proteger determinados direitos fundamentais, como o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data*⁴⁶.

Com isso, pode-se sugerir que a vedação aos efeitos de confisco seja uma garantia limite, pois impõe até onde o Estado poderá intervir no patrimônio de alguém, além de ser também uma limitação constitucional ao poder de tributar. Ao mesmo tempo, caso a Constituição preveja determinado instrumento jurídico de negociação, em matéria tributária, haverá uma *garantia instrumental*, como foi o caso da transação resolutiva de litígio. Esta foi constitucionalizada, através da Emenda Constitucional n. 113, de 2021, no art. 100, § 11, I:

“§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com autoaplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para: [...] (Vide ADI 7047) (Vide ADI 7064)

I – quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente;”

Mas isso não significa que a previsão do art. 171 do CTN antes disso era inconstitucional, pois cabe à lei complementar tratar sobre crédito, de acordo

⁴⁶ NASCIMENTO, Philippe Augusto dos Santos. *Curso de direitos fundamentais*. Leme, SP: Mizuno, 2022, p. 29-31.

com o art. 146, III, b), sendo que a transação tributária é uma das formas de extinguí-lo. A constitucionalização do instituto permite que o tema seja objeto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), servindo como parâmetro e não apenas mais como objeto. É bem verdade, no entanto, que a Constituição foi tímida ao prevê-lo, disciplinando-o apenas para resolver uma possível compensação tributária com créditos de precatórios que o credor possua.

Isso faz com que o instituto da transação tributária receba tanto uma jusfundamentalidade formal, por ter previsão constitucional, quanto uma jusfundamentalidade material por ser concretizadora de direitos fundamentais. Além disso, tornou-se uma garantia-limite, ao limitar a atuação estatal. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional também se torna uma garantia-institucional, pois assim como outras instituições, ela também concretiza direitos fundamentais por meio da transação tributária.

É curioso notar, no entanto, que dentre outras formas adequadas de resolução de conflitos, em matéria tributária, a transação tributária é a primeira a conseguir essa condição. Deve-se ressaltar que a transação tributária, ao mesmo tempo que permite o exercício de um direito fundamental, como a vedação aos efeitos de confisco, estabelece, no seu uso, uma série de deveres fundamentais ao transator. Ademais, um instrumento de negociação não precisa estar constitucionalizado para também permitir a concretização da vedação aos efeitos de confisco, como o negócio jurídico processual, conforme se tratará a seguir.

2. A vedação aos efeitos de confisco concretizada pelo negócio jurídico processual

De acordo com o art. 190 do Código de Processo Civil, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Ou seja, o negócio jurídico processual permite a disposição de aspectos procedimentais e de situações jurídicas processuais, sendo que a negociação pode concretizar diversos direitos fundamentais, além de poderem entrar em conflito com demais direitos fundamentais envolvidos. Antonio Cabral, sobre isso, defende que a *margem de negociabilidade* deva passar por um *método* em três etapas: analisar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais envolvidos; conciliá-los com a autonomia das partes; e, por fim, proteger os seus núcleos essenciais⁴⁷.

Por sua vez, Adriana Buchmann propõe um controle do conteúdo dessas negociações: verifica-se, inicialmente, se o direito fundamental a ser restringido

⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 331.

possuiria uma acepção objetiva, caso em que, se a resposta for afirmativa, haveria a recusa da validade do acordo processual; caso não possua essa acepção objetiva, mas apenas subjetiva, haverá um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade com o direito fundamental do autorregramento da vontade. De qualquer modo, para ela, os acordos processuais poderiam ser realizados, de maneira indiscriminada, em litígios envolvendo direitos fundamentais, fomentando-os⁴⁸.

E o direito fundamental que aqui se busca fomentar é o da vedação aos efeitos de confisco. Esse direito fundamental encontra respaldo processual na menor onerosidade ao executado. A vedação aos efeitos de confisco tem uma expressão maior no plano material do *quantum debeatur* deve ser retirado do contribuinte, mas essa presunção vai diminuindo ao longo do processo judicial, havendo um resquício dessa garantia, mesmo após o trânsito em julgado, pelo balanceamento que deva ser realizado entre o princípio da menor onerosidade ao executado, o qual expressa a garantia da vedação aos efeitos de confisco no plano processual, e o da máxima efetividade da execução⁴⁹⁻⁵⁰.

O negócio jurídico processual poderia servir, nesses casos, para negociar processualmente a possibilidade de diferir os efeitos das decisões judiciais para um momento mais oportuno em que o executado pudesse cumprir com o crédito da Fazenda Nacional⁵¹, sem adentrar em um processo de falência. E, com isso, concretizar o princípio da vedação aos efeitos de confisco no âmbito processual tributário⁵². Além disso, entende-se plenamente cabível o uso dos negócios jurídicos processuais sobre os efeitos executivos das decisões judiciais. Dessa forma, os efeitos que a coisa julgada produz, a partir de uma decisão judicial (total ou parcial), poderão, de pronto, ser negociados, pois se deve distinguir coisa julgada dos seus efeitos⁵³.

⁴⁸ BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 185.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.068.

⁵⁰ VIANA FILHO, José Ivan Ayres. *Negócio jurídico processual no processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 243-248.

⁵¹ Não se concorda, desse modo, com a doutrina de Derzi: “As sanções, de modo geral, desde a execução judicial até às multas, especialmente em caso de acumulação, podem levar à perda substancial do patrimônio do contribuinte, sem ofensa ao direito.” DERZI, Misabel Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 1989, p. 158.

⁵² VIANA FILHO, José Ivan Ayres. *Negócio jurídico processual no processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 247-250.

⁵³ Aqui é preciso recorrer à distinção entre coisa julgada e seus efeitos. Isto porque, no tocante à *eficácia declaratória* da decisão, que se torna imutável em razão do trânsito em julgado, não é possível a celebração de negócio processual. De maneira diferente é o que ocorre em relação ao negócio processual que incide sobre os efeitos da coisa julgada. Tendo em vista que permanece imutável, como regra, o conteúdo declaratório da decisão judicial, nada obsta que se estabeleçam

O negócio jurídico processual pode ser celebrado em relação aos efeitos da coisa julgada, sendo denominado aqui, no gênero, como *acordo sobre o cumprimento da decisão judicial* ou, no caso da execução fiscal, como *acordo sobre os efeitos executivos da Certidão de Dívida Ativa*⁵⁴. Este negócio jurídico processual comporta diversas espécies, como a possibilidade de diferir os efeitos executivos da coisa julgada para um momento mais oportuno em que o contribuinte possa adimplir com o crédito tributário da Fazenda Nacional⁵⁵. É similar ao que Raimundo Falcão propôs com o nome de diferimento dos efeitos de certas interpretações aplicadoras⁵⁶, realizado pelo juiz, mas com a diferença de que, no acordo processual, as partes é quem convencionarão processualmente a esse respeito, com a possibilidade, no entanto, da influência do juiz⁵⁷.

3. A vedação aos efeitos de confisco concretizada pela transação tributária

Para se demonstrar a aplicabilidade da transação tributária na concretização da vedação aos efeitos de confisco, utilizar-se-ão dois países que se valem desse instrumento jurídico, sem querer, no entanto, fazer maiores aprofundamentos teóricos sobre o Direito Comparado.

O primeiro país é os Estados Unidos. Apesar de serem da *common law*, há uma extensa legislação infraconstitucional sobre tributação pelo *Internal Revenue Code* (IRC), previsto no título 26⁵⁸. Lá não se tem condescendência com o devedor que não paga nem quer pagar espontaneamente, apesar de autorizar a negociação com o contribuinte que não cumpriu nem teria condições de cumprir a obrigação da forma ordinária⁵⁹. Os principais acordos em matéria tributária são os *closing agreements* (acordos terminativos) e os *offers in compromise* (ofertas de compromisso)⁶⁰.

modificações quanto aos desdobramentos fáticos da manifestação estatal. Assim, é possível o negócio processual que, por exemplo, altere a forma de pagamento na execução por quantia certa, bem como o prazo e o objeto de pagamento. RAMOS NETO, Newton Pereira. Aspectos polêmicos da coisa julgada no novo CPC. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herival. *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 456.

⁵⁴ VIANA FILHO, José Ivan Ayres. *Negócio jurídico processual no processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 303-308.

⁵⁵ VIANA FILHO, José Ivan Ayres. Fazenda nacional e o cumprimento de decisões judiciais pelo negócio jurídico processual. *Revista Forense* v. 430, ano 115. São Paulo, jul./dez. 2019, p. 202-217.

⁵⁶ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251-254.

⁵⁷ VIANA FILHO, José Ivan Ayres. *Negócio jurídico processual no processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 308-310; 335.

⁵⁸ MARANHÃO JUNIOR, Magno de Aguiar. O sistema tributário dos Estados Unidos da América. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vítor Pimentel. *Sistemas tributários no mundo: a tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 279.

⁵⁹ MELO FILHO, João Aurino de. *Racionalidade legislativa do processo tributário*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 350-357.

⁶⁰ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A transação em matéria tributária no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* v. 41. Distrito Federal, 2013, p. 174-177.

O *offer-in-compromise* pode ocorrer sob os seguintes motivos: dúvida quanto ao recebimento; dúvida quanto à responsabilidade; e dúvida em promover a eficácia da administração tributária. A situação mais recorrente é a primeira, isto é, quando o contribuinte não pode realizar o pagamento integral do tributo. O fisco americano determina a sua capacidade de pagamento, assegurando o seu mínimo existencial (*basic living expenses*) e alcançando-se o potencial razoável de recolhimento⁶¹.

A legislação prevê, desse modo, a divulgação desses padrões, que levam em consideração as despesas básicas para sobrevivência do contribuinte (*basic living expenses*) a serem observados pelos funcionários para determinar se uma oferta de compromisso seria adequada e poderia ser aceita. No entanto, a análise deveria também ser individual, ou seja, levando em conta a situação particular de cada requerente, podendo-se abandonar os padrões definidos, caso sejam inapropriados para o caso concreto⁶².

Na análise do mínimo existencial, os oficiais devem verificar se o devedor possui condições de fazer frente às suas despesas mínimas, de acordo com a localidade em que resida (§ 7.122, d, item 2)⁶³. Além disso, impede-se a rejeição da oferta de acordo de um contribuinte de baixa renda apenas com fundamento no valor ofertado (§ 7.122, d, item 3)⁶⁴. Este deve ser igual ao patrimônio líquido do devedor, somados com a renda disponível para os próximos doze meses, incluin-

⁶¹ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação tributária: o direito brasileiro e a eficácia da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 69.

⁶² OLIVEIRA, Philippe Toledo Pires de. A transação em matéria tributária no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* v. 41. Distrito Federal, 2013, p. 176.

⁶³ “The Secretary shall prescribe guidelines for officers and employees of the Internal Revenue Service to determine whether an offer-in-compromise is adequate and should be accepted to resolve a dispute. [...] In prescribing guidelines under paragraph (1), the Secretary shall develop and publish schedules of national and local allowances designed to provide that taxpayers entering into a compromise have an adequate means to provide for basic living expenses.” Tradução livre: “Ao prescrever diretrizes nos termos do parágrafo (1), o Secretário deverá desenvolver e publicar tabelas de subsídios nacionais e locais, destinadas a garantir que os contribuintes que entrem em um acordo tenham meios adequados para cobrir as despesas básicas de subsistência. [...] As diretrizes devem prever que os funcionários e empregados do Internal Revenue Service devem determinar, com base nos fatos e circunstâncias de cada contribuinte, se o uso das tabelas publicadas sob o subparágrafo (A) é apropriado e não devem usar as tabelas na medida em que tal uso resulte ao contribuinte não ter meios adequados para prover despesas básicas de subsistência.” ESTADOS UNIDOS. *Internal Revenue Code*. 26 U.S. Code § 7122. Compromises. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7122>. Acesso em: 03 nov. 2024.

⁶⁴ “[...] an officer or employee of the Internal Revenue Service shall not reject an offer-in-compromise from a low-income taxpayer solely on the basis of the amount of the offer.” Tradução Livre: “[...] um funcionário ou empregado do Internal Revenue Service não deve rejeitar uma oferta de compromisso de um contribuinte de baixa renda apenas com base no valor da oferta.” ESTADOS UNIDOS. *Internal Revenue Code*. 26 U.S. Code § 7122. Compromises. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7122>. Acesso em: 03 nov. 2024.

do-se todos os impostos devidos. Analisa-se, com isso, o quanto ele efetivamente poderá arrecadar⁶⁵.

O segundo país a ser exemplificado, como concretização da vedação aos efeitos de confisco, é a Itália, que é um país de *civil law*. Nesse modelo, a relação entre fisco e contribuinte é baseada na sujeição deste ao poder daquele, sendo possível a concessão da cooperação, contanto que cumpridas algumas rígidas obrigações legais⁶⁶. A legislação italiana, por fim, também previa o instituto da *transazione fiscale*⁶⁷, de forma genérica, aplicado quando houvesse risco de o crédito líquido e exigível não fosse recuperado pelo fisco. Atualmente, há uma utilização restrita aos procedimentos falimentares⁶⁸.

Por conseguinte, a transação tributária, que é uma forma de extinção do crédito tributário, pode cumprir essa função de vedação aos efeitos de confisco, seja pela oferta de acordo, como ocorre no modelo norte-americano, em que se observa a capacidade de pagamento efetiva do contribuinte, ou seja pela sua aplicação nos procedimentos falimentares, como sucede no modelo italiano. Apesar da lei de transação tributária brasileira (Lei n. 13.988, de 2020) ter se inspirado no modelo norte-americano⁶⁹, foram possíveis também acordos de transação envolvendo massa falida, apesar de só quatro terem sido realizado em quatro anos de lei, devido à ausência de instrumentos para aferir a sua capacidade de pagamento⁷⁰.

Problema, no entanto, que parece ter sido superado pela publicação, no dia 16 de setembro de 2024, da Portaria MF n. 1.457/2024, que, em seu art. 49, trouxe critérios para a aferição da capacidade de pagamento da massa falida: o valor do

⁶⁵ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação tributária: o direito brasileiro e a eficiência da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 69-70.

⁶⁶ MONDINI, Andrea. Le nuove forme di controllo fiscale in Italia. *Studi Tributari Europei* n. 1. Bologna, 2016, p. 28-32.

⁶⁷ A transação fiscal italiana (*transazione fiscale*) só foi introduzida no ano de 2006, com o escopo de se alinhar com os princípios da União Europeia. A norma tem origem em um instituto mais antigo, de 2002, chamado *transazione dei ruoli esattoriale* (transação de funções de arrecadação de impostos), mas que não foi bem compreendida pelos aplicadores do direito. Isso porque não teria ficado claro se a transação poderia referir-se não apenas a juros e multas, mas também aos impostos. ROLD, Luca Da. *La falcidia del credito tributario*. Tesi de Laurea Magistrale, Università Ca'Foscari Venezia, Corso di Laurea Magistrale in Amministrazione, Finanza e Controllo, 2018/2019, p. 73.

⁶⁸ OLIVEIRA, Philippe Toledo Pires de. A transação em matéria tributária no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* v. 41. Distrito Federal, 2013, p. 172-173.

⁶⁹ AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Transação tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei n. 13.988/2020. *Revista de Informação Legislativa* v. 59, n. 233. Brasília, jan./mar. 2022, p. 64.

⁷⁰ ARAGÃO, Eugênio. Tribunal multiportas: a transação tributária de créditos na falência como política pública eficiente na redução da litigiosidade. *Migalhas*, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/415721/tribunal-multiportas-a-transacao-tributaria-de-creditos-na-falencia>. Acesso em: 03 nov. 2024.

total dos ativos arrecadados e disponíveis para realização e consequente pagamento aos credores; a totalidade dos credores da massa falida; a ordem de pagamentos prevista na legislação falimentar, respeitadas eventuais reservas; a projeção do montante dos créditos da Fazenda Nacional com prognóstico de quitação independentemente da transação; as especificidades do processo falimentar; e os elementos disponíveis nos autos judiciais.

Conclusões

Diante dos posicionamentos tratados, é possível sintetizar as seguintes conclusões:

- a) A vedação aos efeitos de confisco pode ser compreendida, ao mesmo tempo, como um princípio, uma regra, um postulado e um direito ou garantia fundamental.
- b) Como princípio, a vedação aos efeitos de confisco é variável de acordo com cada cultura, daquilo que ela entende por razoável de ser tributada, por ser um conceito indeterminado, ligado à justiça, à segurança jurídica e à liberdade.
- c) Caso a vedação aos efeitos de confisco seja entendida como uma imunidade tributária, poderá também ser aplicada operativamente como uma regra jurídica, quando a jurisprudência ou a legislação tributária ditam o percentual tolerado de tributação. A dificuldade de obtenção de uma regra jurídica, no entanto, se deve ao fato de que sua aferição depende de curvas de indiferença da escolha do consumidor, no caso dos impostos sobre o consumo, daquilo que ele entende poder suportar. Entretanto, se for preestabelecida qual a carga tributária global para outros tipos de tributos, em um determinado ordenamento jurídico, que, sendo ultrapassada pelo Estado, gerará confisco, haverá uma norma regra a ser aplicada.
- d) No Brasil, por ser ainda um conceito jurídico indeterminado, não se pode extrair uma regra jurídica clara no antecedente da norma. Ou seja, não se sabe de antemão qual a porcentagem que, em todos os casos, fará incidir a aplicação das consequências da sua caracterização, apesar dos tribunais, em cada situação a eles submetidos, decidirem a respeito.
- e) E, sendo uma regra, no plano material, a sanção jurídica pode ser a redução proporcional de cada um dos tributos ou da última exação tributária instituída. No plano processual, por sua vez, o juiz verifica, na execução, a menor onerosidade ao executado, que é um desdobramento da vedação aos efeitos do confisco, invalidando o excesso de execução. E, por fim, essa consequência jurídica pode ser pactuada por meio de instrumentos negociais que permitam também a concretização dessa limitação constitucional ao poder de tributar.

- f) Na norma que estabelece a vedação aos efeitos de confisco, esse critério quantitativo da exação tributária estará na sua hipótese de incidência. Aquilo que ultrapassar esse limite de tributação será considerado imune, de acordo com a doutrina de Ricardo Torres, não podendo o legislador ir além do que o permitido, sob pena de se declarar a inconstitucionalidade da norma tributária ou de se proferir decisões de equidade.
- g) Pode-se entender ainda a vedação aos efeitos de confisco tanto como um postulado jurídico, visto que determina como outras normas de tributação deverão ser aplicadas em seus aspectos quantitativos, com o escopo de evitar que essa situação aconteça, ou como outras normas processuais poderão ser arranjadas, a fim de que não ocorram subtrações patrimoniais em um momento inadequado para o executado.
- h) É, ao mesmo tempo, uma norma princípio por comportar a realização dos valores justiça, segurança jurídica e liberdade. E é uma norma regra, por impor comportamentos ao legislador de não estabelecer determinados patamares de tributação que sejam confiscatórios, com a cominação de sanções jurídicas em caso de descumprimento.
- i) O direito fundamental à vedação aos efeitos de confisco, no Brasil, não define qual a carga tributária global que o Estado poderá ultrapassar na tributação. Não é, por esse motivo, uma regra jurídica, mas um princípio, apto a ser lembrado em negociações processuais para fomentá-las. Como postulado, servirá esse direito fundamental para determinar como outras normas de tributação deverão ser aplicadas em seus aspectos quantitativos ou como as normas processuais poderão ser arranjadas, a fim de que não ocorram subtrações patrimoniais em um momento inadequado para o executado.
- j) A vedação aos efeitos de confisco é um direito fundamental por apresentar, ao mesmo tempo, as seguintes características apontadas por Raimundo Oliveira Junior: ser uma limitação do poder estatal; apresentar fundamentação atinente a direitos fundamentais; e, por fim, possuir caráter de imutabilidade ou de difícil alteração, realizada apenas por emenda constitucional. Sugere-se, neste artigo, que a vedação aos efeitos de confisco seja também uma garantia limite, por ser uma limitação constitucional ao poder de tributar, impondo até onde o Estado poderá intervir no patrimônio de alguém.
- k) Ao mesmo tempo, caso a Constituição preveja determinado instrumento jurídico de negociação, em matéria tributária, haverá uma *garantia instrumental*, como foi o caso da transação resolutiva de litígio. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional também se torna uma garantia-institucional, pois assim como outras instituições, ela também concretiza direitos fundamentais por meio da transação tributária. Contudo, um instru-

mento de negociação não precisa estar constitucionalizado para também possibilitar a concretização da vedação aos efeitos de confisco, como o negócio jurídico processual.

- l) O negócio jurídico processual poderá servir, por esse direito fundamental da vedação aos efeitos de confisco, para negociar processualmente a possibilidade de diferir os efeitos das decisões judiciais para um momento mais oportuno em que o executado possa cumprir o crédito tributário devido à Fazenda Nacional. Seria uma consideração mais dinâmica do que estática da aplicação das regras processuais. Isso porque o contribuinte ditará, caso o acordo seja aceito pelo Poder Público, aquilo que entende, momentaneamente, suportável, para ele, de tributação.
- m) A transação tributária, que é uma forma de extinção do crédito tributário, pode cumprir essa função de vedação aos efeitos de confisco, seja pela oferta de acordo, como ocorre no modelo norte-americano, em que se observa a capacidade de pagamento efetiva do contribuinte, semelhante a modalidade da transação individual brasileira, ou seja pela sua aplicação aos procedimentos falimentares, como sucede no modelo italiano. Esta seria uma situação que, naturalmente, levaria ao fim da existência jurídica da pessoa jurídica, mas, ainda assim, se possibilita uma negociação que evita um confisco ainda maior.
- n) Não se concorda, portanto, com a existência da vedação aos efeitos de confisco apenas como uma noção abstrata, estática e absoluta, focalizada apenas nos critérios quantitativos da regra-matriz de incidência tributária. Uma noção mais concreta, dinâmica e relativa da vedação aos efeitos do confisco, por ser essa norma também um postulado jurídico, ajuda o intérprete e aplicador do direito a encontrar mecanismos processuais para efetivá-lo, como no caso da negociação tributária. Talvez, com base nessa mudança de mentalidade, será possível evitar o grande problema de acordos tributários que tendam a beneficiar quase que exclusivamente o fisco. E, com isso, permitir que o contribuinte não seja confiscado no processo judicial tributário em um momento inóportuno.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001”, de 2023 a 2024, e da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP), a partir de 2025.

Referências bibliográficas

AACHEN, Assis Mendonça (trad.); BONN, Urbano Carvelli (rev.). *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Berlim: Deutscher Bundestag, 2022.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAGÃO, Eugênio. Tribunal multiportas: a transação tributária de créditos na falência como política pública eficiente na redução da litigiosidade. *Migalhas*, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/415721/tribunal-multiportas-a-transacao-tributaria-de-creditos-na-falencia>. Acesso em: 03 nov. 2024.
- AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Transação tributária: novo paradigma da autocomposição a partir da Lei n. 13.988/2020. *Revista de Informação Legislativa* v. 59, n. 233. Brasília, jan./mar. 2022.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Planalto, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 1.025*. Planalto, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1025.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 70.235*. Planalto, 1972. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 113*. Planalto, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc113.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 5.172*. Planalto, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 6.830*. Planalto, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 13.105*. Planalto, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 13.988*. Planalto, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 16 dez. 2023.
- BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN n. 360. *Diário Oficial [da] República do Brasil*. Brasília, 13 de junho de 2018. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/portaria_360_2018-novo.pdf. Acesso em: 03 nov. 2024.
- BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN n. 742. *Diário Oficial [da] República do Brasil*. Brasília, 28 de dezembro de 2018. Disponível

em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97757>. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN n. 1.457. *Diário Oficial [da] República do Brasil*. Brasília, 16 de setembro de 2024. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta/normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=140498>. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010*. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Recorrido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello. 20 set. 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur18013/false>. Acesso em: 02 nov. 2024.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio; BARRENI, Smith Robert. Proibição aos efeitos de confisco no direito tributário: positivação, aplicação e identificação de limites objetivos. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 14. n. 1. Brasília, jan./jul. 2019, p. 28-52.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O princípio do não confisco e a incidência do imposto sobre a renda ganha e sobre a renda gasta com IBS e CBS. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 22, n. 129. Belo Horizonte, maio/jun. 2024, p. 31-35.

CONRADO, Paulo Cesar; CAMANO, Fernanda Donnabella. *O (des)contencioso tributário: da litigiosidade escalar à transação de tese*. São Paulo: Noeses, 2023.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A vedação constitucional de se utilizar tributo com efeito de confisco. *Revista da Faculdade de Direito*. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 1989.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Espécie normativa da vedação de tributos confiscatórios. *Revista da AJURIS* v. 40, n. 131. Porto Alegre set. 2013.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Tese (Doutorado em Direito), Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2005.

ESTADOS UNIDOS. *Internal Revenue Code*. 26 U.S. Code § 7122. Compromises. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7122>. Acesso em: 03 nov. 2024.

- FALCÃO, Maurin Almeida; MACHADO, Ieda. O limite frágil entre a capacidade contributiva e a vedação ao confisco no sistema constitucional tributário. *Nomos, Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC* v. 32, n. 1. Fortaleza, 2012.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *Transação tributária: o direito brasileiro e a eficiência da recuperação do crédito público à luz do modelo norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GASSEN, Valcir; OLIVEIRA, Luiz Fernando de. Tributação, direito tributário e Inconfidência Mineira no contexto das revoltas fiscais brasileiras: para além de Tiradentes. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 11, n. 1. Brasília, jan./jun. 2016, p. 377-400.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). *História geral da civilização brasileira: a época colonial*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, tomo I, 2003. v. 2.
- KIRCHHOF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- MACHADO, Carlos Henrique. *Princípio de vedação ao efeito de confisco: interpretação a partir de uma redefinição crítica do direito tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. *Dicionário de direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetivação da jurisdição*. Tese (Doutorado em Direito), Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Poder público e litigiosidade*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.
- MARANHÃO JUNIOR, Magno de Aguiar. O sistema tributário dos Estados Unidos da América. In: ABRAHAM, Marcus; PEREIRA, Vítor Pimentel. *Sistemas tributários no mundo: a tributação no direito comparado*. São Paulo: Almedina, 2020.
- MELO FILHO, João Aurino de. *Racionalidade legislativa do processo tributário*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

- MONDINI, Andrea. Le nuove forme de controlo fiscale in Italia. *Studi Tributari Europei* n. 1. Bologna, 2016.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdiccional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORAIS, Roberto Rodrigues. Tiradentes reagiria novamente contra altos tributos. E você? *SóNotícias*. Sinop-MT, 2008. Disponível em: <https://www.sonoticias.com.br/opiniao/tiradentes-reagiria-novamente-contra-altos-tributos-e-voce/>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- NABAIS, José Casalta. *Crise e sustentabilidade do estado fiscal*. Belo Horizonte: Meritum, Universidade Fumec, v. 13, n. 2, jul./dez. 2018, p. 231-259.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito). Coimbra: Almedina, 2012.
- NASCIMENTO, Philippe Augusto dos Santos. *Curso de direitos fundamentais*. Leme, SP: Mizuno, 2022.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1068.
- OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso. *A análise econômica do direito e o uso da Curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito, Fortaleza, 2011.
- OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A transação em matéria tributária no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* v. 41. Distrito Federal, 2013.
- POZZETTI, Valmir César; LIMA, Helton Carlos Praia de. A hermenêutica constitucional do STF quanto à amplitude do princípio da vedação ao confisco tributário. *Revista Jurídica Cesumar* v. 19, n. 1. Paraná, jan./abril 2019, p. 225-247.
- RAMOS NETO, Newton Pereira. Aspectos polêmicos da coisa julgada no novo CPC. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval. *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROLD, Luca Da. *La falcidia del credito tributario*. Tesi de Laurea Magistrale, Università Ca'Foscari Venezia, Corso di Laurea Magistrale in Amministrazione, Finanza e Controllo, 2018/2019.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I e II.
- TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra Silva (coord.). *Pesquisas tributárias. Nova série* n. 6. São Paulo: RT, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.

VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeitos de confisco na Alemanha. *Revista de Doutrina da 4ª Região* n. 35. Porto Alegre, abril 2010. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663934/mod_resource/content/1/proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20tributos%20com%20efeitos%20de%20confisco%20na%20alemanha.2010.pdf. Acesso em: 15 nov. 2024.

VIANA FILHO, José Ivan Ayres. Fazenda nacional e o cumprimento de decisões judiciais pelo negócio jurídico processual. *Revista Forense* v. 430, ano 115. São Paulo, jul./dez. 2019.

VIANA FILHO, José Ivan Ayres. *Negócio jurídico processual no processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

Análise da Incidência Tributária sobre o *Trust/Fidúcia* com Base no Projeto de Lei Complementar n. 145/2022, no Projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e na Lei Ordinária n. 14.754/2023

Analysis of the Tax Incidence on Trusts Based on Complementary Bill no. 145/2022, Complementary Bill no. 4,758/2020, and Ordinary Law 14,754/2023

José Wesley Silva Cabral

Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Graduado em Direito pela UAM.

Advogado atuante em São Paulo/SP. E-mail: jose.wesley29@outlook.com.

Recebido em: 6-6-2024 – Aprovado em: 16-1-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.8.2025.2565>

Resumo

O presente artigo propõe o estudo e a análise da incidência tributária na operação de *trust/fidúcia*. De início, é apresentado no primeiro capítulo o entendimento do que é o *trust/fidúcia*, expondo de forma breve sua natureza e compreensão jurídica de justificar a definição estabelecida no projeto de Lei Complementar n. 145/2022 e Lei Ordinária n. 14.754/2023. Em seguida temos o primeiro imposto incidente na operação, sendo o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, apontando as particularidades e condições que projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e Lei Ordinária n. 14.754/2023 disciplinam na operação contratual. Logo após temos a análise quanto a incidência do Imposto de Renda e Proventos na operação, apresentando entendimentos sobre a natureza do imposto, suas particularidades na operação, incidência internacional e jurisprudência. Assim conclui-se uma exposição de entendimentos sobre a tributação do *trust/fidúcia* com base nas normas apresentadas traçando as possíveis problemáticas e entendimentos jurídicos do assunto.

Palavras-chave: contrato de *trust*, fidúcia, incidência tributária, Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, Imposto de Renda e Proventos.

Abstract

The present article proposes the study and analysis of tax incidence in the operation of trust/fiduciary agreements. Initially, the first chapter presents an understanding of what trust/fiduciary entails, briefly explaining its nature and legal comprehension to justify the definition established in complementary bill No. 145/2022 and ordinary law 14.754/2023. Following this, the first tax involved in the operation is discussed, namely the Inheritance and Dona-

tion Tax, pointing out the peculiarities and conditions that complementary bill No. 4.758/2020 and ordinary law 14.754/2023 regulate in the contractual operation. Subsequently, there is an analysis of the incidence of Income Tax and Proceeds Tax in the operation, providing insights into the nature of the tax, its peculiarities in the operation, international incidence, and case law. Thus, the article concludes with an exposition of understandings regarding the taxation of trust/fiduciary based on the presented regulations, outlining possible legal issues and interpretations of the subject.

Keywords: trust agreement, Fiduciary, tax incidence, Inheritance and Donation Tax, Income Tax and Proceeds Tax.

Introdução

Pelo fenômeno da globalização observamos uma maior comunicação e disposição de operações que alcançam pessoas e sistemas jurídicos diversos, de modo que cabe a cada nação soberana estabelecer diretrizes para assimilar tais operações em seu conteúdo jurídico interno.

Ocorre que nem sempre os sistemas internos são capazes de assimilar por conta própria tais mudanças, gerando lacunas e interpretações potencialmente conflitantes entre os estudiosos quanto à natureza jurídica, à forma de operacionalização e às consequências das operações não estruturadas no país.

É o que observamos ao caso do *trust*, em que por ausência de regulamentação interna há uma dificuldade de se analisar e adaptar as operações internacionais no sistema jurídico interno, pois tal contrato especial é regido por institutos jurídicos que em geral não são comumente aplicados em conjunto em nosso país. Assim surge a necessidade de regulamentar tal operação no sentido de buscar uma harmonia e concretização dos conceitos.

Contudo, toda operacionalização nova traz questionamentos quanto às suas consequências práticas em diversos setores do ensino jurídico, como responsabilidade contratual, limites da livre vontade das partes, alcance dos bens ou direitos estabelecidos e a incidência tributária na operacionalização.

Neste sentido, a proposta deste artigo é analisar os pontos de relevante interesse tributário em relação à operacionalização do *trust*, utilizando como base normativa os projetos de Lei Complementar n. 4.758/2020, n. 145/2022 e a Lei Ordinária n. 14.754/2023, podendo, dessa forma, expor e debater alguns possíveis panoramas de incidência tributária e problemática trazidos pelos entendimentos jurídico atuais.

1. O que é o *trust/fidúcia*?

Derivado do direito inglês do *use*¹, a operacionalização do *trust* engloba uma verdadeira combinação de operações para uma finalidade específica com a união

¹ “A cessão de direitos reais a um terceiro, para que administrasse propriedades em favor do cedente ou de outrem por ele indicado, era chamado *use*, pois um determinado bem era transmitido

de diversos institutos jurídicos como o empréstimo, a transferência de direitos reais, o uso de direito de propriedade por terceiro, responsabilidades contratuais limitadas e posterior encerramento do contrato com transferência de propriedade.

Rocha explica de forma pontual a operacionalização do *trust* de modo a expor de forma completa a relação contratual estabelecida. Vejamos:

“Em relação à criação do *trust*, de acordo com a lei inglesa, existem duas formas. Uma delas é por ato intervivos, no qual o instituidor (chamado de *settlor*) constitui um *trust* ao transferir certos ativos de sua propriedade para um administrador (chamado de *trustee*) geri-los conforme as ordens do primeiro. Regra obrigatória: somente o proprietário de um certo ativo pode criar um *trust* sobre tal ativo. Os administradores (*trustees*) e/ou os beneficiários, por sua vez, podem nomear administradores adicionais, com os mesmos poderes, direitos e obrigações do administrador original.”²

Neto completa o raciocínio acima ao sintetizar a definição do *trust* na sua finalidade, ou seja, a operação não se configura por um termo ou nomenclatura, mas com base na situação de que um irá gerir o patrimônio de outrem por força contratual, para os objetivos contratuais e na forma do contrato estabelecido.

“O *trustee* deverá administrar a propriedade envolvida no *trust* de modo a favorecer os beneficiários ou os objetivos a que visa o *trust*, nos termos eventualmente indicados quando da criação deste ou segundo parâmetros gerais fixados pela lei e jurisprudência. Tais termos e parâmetros poderão se referir ao pagamento de uma determinada renda para fins específicos ou de manutenção geral a uma determinada pessoa, a entrega de capital após um certo período, etc.”³

Temos, portanto, um entendimento delineado pelas características decorrentes da operação de *trust*, em que, mais do que definir nomes, temos que observar a estrutura que a operação se organiza para que se diga existente uma operação de *trust*. Razão pela qual temos uma análise da operacionalização do *trust* e não de sua conceituação, em que verificamos a presença de um instrumento contratual complexo que traz, por obrigação, o objetivo de cumprir a vontade do *settlor*.

por A B para gozo (*to the use*) de C. O *use* foi o antecedente histórico do *trust*.” (S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. E-book. ISBN 9788599519950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519950/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 14)

² ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502181335. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181335/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 80.

³ S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. E-book. ISBN 9788599519950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519950/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 23.

“[...] Ao mesmo tempo, ao administrador serão assegurados amplos poderes porque qualquer ação ou inação deste que não seja autorizada pelo *trust* ou pela lei será considerada um inadimplemento das obrigações contidas no *trust*. Os poderes do administrador deverão constar de uma escritura, geralmente chamada de escritura de garantia do *trust* ou de uma escritura entre credores (*intercreditor deed*).”⁴

No Brasil, até a data de apresentação deste artigo, não há norma em vigor que institua ou regulamente o *trust*. Vale pontuar que o Brasil não é signatário da Convenção de Haia sobre o tema. Porém, temos perspectiva em uma futura regulamentação por intermédio do projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020, que estabelece o *trust* sob a denominação de fidúcia, trazendo nomenclatura familiar para a operacionalização que restou definida no texto original da proposta pelo art. 2º, que versa:

“Art. 2º A fidúcia é o negócio jurídico pelo qual uma das partes, denominada fiduciante, transmite, sob regime fiduciário, bens ou direitos, presentes ou futuros, a outra, denominada fiduciário, para que este os administre em proveito de um terceiro, denominado beneficiário, ou do próprio fiduciante, e os transmita a estes ou a terceiros, de acordo com o estipulado no respectivo ato constitutivo.”

Interessante observar que o legislador determinou que a operação será transmitida “sob regime fiduciário”. Mais adiante, ao estudar a incidência ou não do ITCMD e ITBI na operação, iremos analisar de forma mais pontual essa expressão, mas por hora vale pontuar que a definição trouxe uma diferença em relação ao sistema inglês, pois o “regime fiduciário” a que o legislador pontua não compreende apenas os termos da lei, mas sim a forma em que a transmissão ocorre, pois os bens não vão diretamente ao administrador, mas sim a um conjunto patrimonial autônomo.

Assim, podemos entender pelo contrato de fidúcia/*trust* como um instrumento em que uma pessoa conhecida como instituidor, fiduciante ou *settlor* transfere bens ou direitos próprios (direitos reais) por meio de instrumento contratual, por meio de um regime regulamentar denominado “regime fiduciário”, para um terceiro chamado administrador, fiduciário ou *trustee*, para que este tenha compreendido poderes de gerir o bem ou direito conforme instrumento contratual em benefício de terceiros (beneficiário) ou do próprio instituidor, respeitando a vontade do instituidor/fiduciante/*settlor* na operacionalização executada.

⁴ ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502181335. Disponível em: <https://integrada.minhabiloteca.com.br/#/books/9788502181335/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 80.

Para efeitos de melhor compreensão dos termos e objetivos do presente trabalho, usaremos a denominação aplicada pela Lei n. 14.754/2023, sendo denominado instituidor, administrador e beneficiário (art. 12, incisos II, III e IV da lei mencionada).

2. Da tributação quanto ao ato de transferência de bens e direitos da fidúcia

Entendida a natureza jurídica da fidúcia, temos por observar que a problemática de sua tributação surge já nos primórdios de sua constituição, ou seja, na sua própria razão de ser operacional, em que temos uma questão quanto à incidência tributária de dois impostos de transferência.

Podemos entender, de forma análoga, para fins de compreensão, que a operação da fidúcia se insere como uma espécie de transferência de bens e direitos com a finalidade de que o administrador não seja o beneficiário final, ou seja, não é este quem obtém o proveito e o ganho dos bens e direitos que administra, mas um terceiro beneficiário ou então o próprio instituidor.

Assim, a primeira questão que podemos levantar é quanto à incidência tributária de ITCMD e ITBI na operação. Ou seja, a transferência que se operacionaliza se trata de transferência gratuita ou onerosa e em qual momento se constituiria o evento jurídico tributável da operação?

Regina Helena Costa⁵ bem nos lembra que ambos os tributos possuem materialidade paralelas e complementares, ou seja, por um momento aparentam tributar a mesma situação de transferência, carecendo uma análise mais ampla dos conceitos para compreender sua distinção.

Em um primeiro momento, podemos observar que ao ITCMD sevê a figura de uma transferência *causa mortis*, ou seja, a transferência existe independentemente da vontade do beneficiário, por eventualidade do falecimento de seu proprietário original.

“É dos Estados a competência para instituir impostos sobre ‘transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos’, nos termos do art. 155, I, da CF, com a redação da EC 3/93. Transmissão é transferência jurídica, implicando a sucessão na titularidade do bem ou direito. Será *causa mortis* quando ocorra por força do falecimento real ou presumido do titular.”⁶

Nesse ponto, cumpre expor que a morte do instituidor não gera a extinção da fidúcia/trust, pois este apenas se encerra em situações específicas que foram

⁵ COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553623309. Disponível em: <https://integrada.minhabiloteca.com.br/#/books/9786553623309/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 407.

⁶ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiloteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 188.

enumeradas no art. 14 do Projeto de Lei n. 4.758/2020, como o cumprimento da condição de extinção determinada em contrato, decurso do prazo de validade do contrato de fidúcia, revogação expressamente prevista, renúncia ou morte do beneficiário sem sucessor indicado, acordo entre instituidor e beneficiário ou decisão judicial.

Contudo, não é apenas sobre evento *mortis* que o ITCMD tem incidência, e em relação a esse segundo aspecto de incidência incorre a primeira questão quanto à tributação da operação de fidúcia, pois outro evento jurídico de interesse tributário para o ITCMD é a transferência *inter vivos*, ou seja, a transferência que se procede sob a vontade daquele que transfere para terceiro.

Similar e podendo incorrer em confusão com o ITBI, cumpre expor que a materialidade da transferência do ITCMD deve ser feita na forma de doação, ou seja, de forma não onerosa, prevalecendo a gratuitade da transferência para incidir o ITCMD, de modo que a transferência *inter vivos* com onerosidade se resguarda para a tributação pelo ITBI.

“A cessão de direitos relativos às transmissões gratuitas (sucessão e doação) também se constitui em uma das hipóteses de incidência do ITCMD, de tal modo que a cessão de direitos hereditários será objeto de incidência do ITCMD e não do ITBI.”⁷

“A transmissão *inter vivos* é a transferência do direito de uma pessoa a outra por força de um negócio jurídico. Não se confunde com a aquisição originária da propriedade, que não se sujeita à incidência deste imposto porque não implica transmissão.”⁸

O projeto de Lei n. 145/2022 em trâmite perante a câmara dos deputados ressalta de forma clara a lógica de objetividade da fidúcia, uma vez que além de expor o entendimento conclusivo de não haver a incidência do ITBI em seu art. 9º, ou seja, expõe que a natureza da fidúcia é a gestão patrimonial com a finalidade de doação ou restituição do objeto, razão pela qual não há incidência de ITBI, não sendo uma isenção, mas sim uma simples aplicação lógica dos institutos.

“Art. 9º Transferências para o *trust* de bens imóveis e respectivos direitos não estarão sujeitos à incidência do imposto previsto no artigo 156, II, da Constituição Federal.”

⁷ CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599992/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 410.

⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 186.

Repassadas as características dos impostos acima descritos, vislumbramos a situação de duas possíveis operações para a tributação, pois temos por presentes a operação de transferência entre o instituidor para o administrador e a transferência para o beneficiário.

Analisando a primeira relação entre o instituidor e o administrador, temos por questionamento se tal transferência se fará de forma gratuita ou onerosa.

Podemos observar que a PL n. 4.758/2020 definiu em seu art. 3º, § 3º, que a instituição de um contrato de fidúcia geraria uma espécie de identidade autônoma de responsabilidade dos bens, ou seja, não haveria, a princípio, responsabilização do administrador pelas operações da fidúcia, sendo o patrimônio constituído responsável pelas obrigações definidas em contrato, bem como os seus frutos. Sendo este o “regime de bens fiduciário”.

“Art. 3º Os bens e direitos transmitidos em fidúcia, bem como seus frutos e rendimentos, constituem propriedade fiduciária, subordinados os poderes a eles inerentes às restrições e limites estabelecidos na lei ou no respectivo ato de constituição.

[...]

§ 3º Os bens ou os direitos objeto da fidúcia e seus frutos, com as correspondentes obrigações, constituem patrimônio autônomo, afetado à finalidade estabelecida no ato de constituição, e só respondem pelas dívidas e obrigações a ela vinculadas, vedado seu redirecionamento ao patrimônio próprio do fiduciário e do fiduciante, salvo, quanto às deste, nos casos de fraude.”

Dessa forma, pelo disposto no art. 3º, § 3º, do projeto de lei, comprehende-se que a propriedade não é transferida ao administrador de fato, pois a transferência é feita por meio do “regime fiduciário” para o conjunto patrimonial autônomo, restando ao administrador apenas a função de gerir esse conjunto patrimonial nos termos do instrumento contratual. Portanto, o administrador não recebe o bem, mas sim a responsabilidade de administração, sem poderes plenos de propriedade, pois consta limitado pelo instrumento.

Tal compreensão consta ainda bem exposta na “justificação” do projeto de Lei n. 145/2022, em que pontua de forma precisa que o administrador é mera ferramenta na operação, não sendo proprietário dos bens.

“Justificação

[...]

Tem-se claro que o *trust* se presta a intermediar transmissões de bens e direitos por doação entre o instituidor e terceiros beneficiários, razão pela qual não há incidência de ITCMD ou ITBI (art. 9º) nas transferências de ativos e valores do instituidor para o *trustee*. De fato, o *trustee* não pode usar nem dispor do patrimônio recebido, adquirindo-o apenas para administração no interesse de terceiros (beneficiários) e em contrapartida a uma série de obrigações.”

Por tal compreensão, temos que o administrador atua na operação como uma espécie de prestador de serviço que não vem a receber diretamente a propriedade, mas sim administra uma espécie de “reunião de bens de pessoa viva com fim determinado”, logo, a transferência de propriedade não se dá entre duas pessoas, mas sim repassa do instituidor para um regime de bens sob confiança (fidúcia) administrativa de um terceiro chamado administrador.

Assim, não se trata de transferência gratuita ou onerosa entre instituidor e administrador, pois a transferência real se estabelece entre instituidor e regime de bens administrados. Portanto, inexiste tributação por ITCMD ou ITBI em relação ao instituidor para o administrador por ausência de evento jurídico tributável.

Nos surge ainda o possível questionamento quanto à transferência entre o instituidor para a criação do patrimônio gerido sob o regime de bens fiduciário. Haveria tributação?

Neste primeiro momento, podemos observar um aparente conflito de entendimento entre o Projeto de Lei n. 4.758/2020 e a Lei n. 14.754/2023.

Cumpre expor que a Lei n. 14.754/2023 trata quanto à regulamentação da tributação de imposto de bens com “elemento de estraneidade”⁹ ou “elemento estrangeiro”¹⁰, porém, ainda assim podemos nos apropriar de alguns conceitos para uso nas situações nacionais, por guardar similaridade. Ocorre que o contido no art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/2023 entra em conflito de entendimento quanto à responsabilidade do instituidor quando observado o art. 3º, § 3º.

No projeto de Lei n. 4.758/2020, a partir da criação do regime de bens fiduciários, o regime de bens possui responsabilidade patrimonial pelas suas operações, sendo sua gestão regida pelo administrador, isto é, não se vinculam mais em caráter de responsabilidade ao instituidor que repassou sua vontade pelo instrumento contratual para ser cumprido pelo administrador sob a responsabilidade patrimonial do regime de bens. Enquanto o art. 10, inciso I, define, de forma clara, que enquanto permanecer ativo o *trust*, os bens e direitos serão de responsabilidade do instituidor.

⁹ “[...] A conexão internacional dentro de uma situação jurídica ocorre toda vez que detectamos algum elemento de estraneidade, ou seja, um elemento estrangeiro, no âmbito de nacionalidade, domicílio e lei do foro (*lex fori*).” (GIACOMELLI, Cinthia L. F.; ZAFFARI, Eduardo K.; FERREIRA, Gabriel B.; et al. *Direito internacional*. Grupo A, 2021. E-book. ISBN 9786556902753. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902753/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 157)

¹⁰ “Muitos doutrinadores o chamam de *elemento de estraneidade*, outros de *elemento estrangeiro*, porém ambos têm o mesmo significado. [...]” (MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. E-book. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 6)

É parte do questionamento que Canesso levanta em seu artigo¹¹, quando pontua o momento em que de fato se considera ocorrido o fato gerador tributável da operação, principalmente quando a constituição da fidúcia se dará fora do Brasil, mas os bens e direitos serão daqui enviados para sua composição.

Tal aparente conflito de normas é resolvido ao aplicarmos o princípio da especialidade, ou seja, a natureza específica da norma define sua aplicação. Dessa forma, quando se tratar de bens ou direito em *trust* no exterior, a responsabilidade tributária por tais bens é do instituidor na forma do art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/2023, quando observarmos a situação do regime de bens fiduciário no Brasil, a responsabilidade é do próprio regime de bens conforme o art. 3º, § 3º, do projeto de Lei n. 4.758/2020.

Em relação a tal situação inexiste qualquer evento jurídico tributável, vez que pelo que podemos observar na Lei n. 14.754/2023, a única tributação da operação de transferência da fidúcia se dará em relação à transferência de patrimônio do regime de bens fiduciário para o beneficiário, na forma do contido no art. 10, § 2º.

“Art. 10. Para fins do disposto nesta Lei, os bens e direitos objeto de *trust* no exterior serão considerados da seguinte forma:

[...]

§ 2º Para fins do disposto nesta Lei, a mudança de titularidade sobre o patrimônio do *trust* será considerada como transmissão a título gratuito pelo instituidor para o beneficiário e consistirá em doação, se ocorrida durante a vida do instituidor, ou em transmissão *causa mortis*, se decorrente do falecimento do instituidor.”

Tal regra consta presente também no Projeto de Lei n. 145/2022, em seu art. 7º, que inaugura os dispositivos de incidência e regras tributáveis ao regime de fidúcia.

“Art. 7º Para os efeitos de incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, considera-se ocorrido o fato gerador, ressalvadas as hipóteses de não incidência previstas no *caput* do artigo 8º, no momento em que um beneficiário potencial adquire direito incondicional e imediato sobre qualquer parcela de ativos sob o *trust*, tornando-se beneficiário efetivo na forma do inciso II do artigo 2º.”

Ainda que pareça esclarecer e tranquilizar o entendimento sobre a tributação da transferência na fidúcia, temos por observar que a figura do *trust* ainda compreende a existência de diversas situações que podem gerar dúvida quanto ao momento de incidência tributária.

¹¹ CANESSO, Rafael Maldonado. Tributação do *trust* deve ser pelo ITCMD, não pelo imposto de renda. *Consultor Jurídico*, 10 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-agosto-10/rafael-canesso-tributacao-trust/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 23h33.

O § 1º do art. 10 da Lei n. 14.754/2023 nos apresenta que deve ser observada ainda a condição contratual de revogação dos direitos do instituidor quanto aos bens da fidúcia para estabelecer a sua responsabilidade pela fidúcia constituída no exterior, ou seja, se há cláusula de revogabilidade que permite ao instituidor reaver o patrimônio, situação em que se subtende como sendo possível a recomposição patrimonial do instituidor, não há transferência e incidência do ITCMD, pois há a possibilidade de surgir uma mera recomposição patrimonial, contudo, havendo cláusula de irrevogabilidade do patrimônio, em que o instituidor abdica dos direito que possui sobre o bem ou direito, há incidência do ITCMD no ato da transferência para o regime de bens no exterior, pois nesse caso não há possibilidade de recomposição patrimonial.

“Art. 10. Para fins do disposto nesta Lei, os bens e direitos objeto de *trust* no exterior serão considerados da seguinte forma:

[...]

§ 1º A transmissão ao beneficiário poderá ser reputada ocorrida em momento anterior àquele previsto no inciso II do *caput* deste artigo caso o instituidor abdique, em caráter irrevogável, do direito sobre parcela do patrimônio do *trust*.”

Assim, podemos compreender que quando há cláusula de irrevogabilidade tem-se que a transferência se dará totalmente ao final para o beneficiário, de modo que o ITCMD poderá ser incidente no ato da transferência do bem ou direito para o exterior.

Contudo, a existência de cláusula de revogabilidade ainda gera uma lacuna de entendimento, uma vez que traz a opção de ocorrer a transferência dos bens para o beneficiário no exterior sem notícia ao Fisco, situação essa que ocorreria totalmente em solo estrangeiro, ainda que o bem tenha sido transferido do Brasil. Nesse caso, a confirmação de transferência deverá ser observada caso a caso, quando da transferência, do conhecimento do beneficiário e da informação repassada para a Fazenda, respeitando as normas tributárias aplicáveis.

Pelo que se observa do art. 10 da Lei n. 14.754/2023, a tributação de ITCMD ocorrerá no momento de transferência do patrimônio do regime de bens para o beneficiário, quando se mostra definitiva a transferência, considerando ainda a base de cálculo como sendo o valor da aquisição, conforme prevê o art. 11.

“Art. 11. Os bens e direitos objeto do *trust*, independentemente da data de sua aquisição, deverão, em relação à data-base de 31 de dezembro de 2023, ser declarados diretamente pelo titular na DAA, pelo custo de aquisição.”

No mesmo sentido a base de cálculo que resta definida como o valor efetivamente transmitido no projeto de Lei n. 145/2022 (art. 7º, § 1º).

“Art. 7º [...]

§ 1º A base de cálculo do imposto é o valor efetivo do direito transmitido na forma do *caput*, expresso em moeda nacional.”

Ainda podemos citar outras situações trazidas pelo Projeto de Lei n. 145/2022 em que não há incidência de tributação na fidúcia, sendo descritas no art. 8º do referido projeto de lei que traz de forma clara as situações de isenção de incidência do ITCMD quando das operações de transferência de bens do instituidor para o regime de bens (composição da fidúcia – inciso I), devolução do bem ou direito ao instituidor (recomposição patrimonial – inciso II) e, após o beneficiário receber o bem do regime de bens fiduciário, as transferências que se mostrem necessárias em razão da composição do bem transferido (transferência subsidiárias ou complementares – inciso III).

3. Da tributação quanto aos ganhos, proventos, rendimentos e incorporações da fidúcia

Pela sistemática da relação contratual de fidúcia, por certo, se observa a movimentação patrimonial em foco e desta surgem operações decorrentes que são de interesse tributável.

A depender do bem cuja integralidade se proceda composição do patrimônio regido pelo sistema fiduciário, este poderá ser gerador de rendimentos. Assim, temos a percepção de incidência do imposto de renda na operação de *trust/fidúcia* quando incorrer no acréscimo patrimonial, assim como considerado fato gerador do imposto de renda.

O fato gerador do Imposto sobre a Renda está previsto no art. 43 do CTN:

“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.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Sua incidência se dá sobre os rendimentos auferidos por pessoas físicas e jurídica, utilizando-se a mesma denominação, apenas adicionando-se IRPF (Pessoa Física) e IRPJ (Pessoa Jurídica).”¹²

¹² K. JÚNIOR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553600250.

Leandro Paulsen nos apresenta o fato gerador tributável como sendo a renda ou os proventos obtidos na forma de acréscimo patrimonial¹³, entendimento que encontra amparo e ampliação na doutrina como nas palavras de Regina Helena Costa, que traz:

“Em primeiro lugar, cabe lembrar que o conceito de *renda* encontrase delimitado constitucionalmente. Traduz *acréscimo patrimonial*, riqueza nova, que vem se incorporar a patrimônio preexistente, num determinado período de tempo. Constitui sempre um *plus*, não apenas algo que venha substituir uma perda no patrimônio do contribuinte.

[...]

Por primeiro, *renda* é o aumento de riqueza obtido num dado período de tempo, deduzidos os gastos necessários à sua aquisição e manutenção. A renda constitui acréscimo patrimonial, que não se confunde com o patrimônio de onde deriva – o capital, o trabalho ou a combinação de ambos.

Distingue-se, juridicamente, de *rendimento*, que corresponde a qualquer ganho, isoladamente considerado, remuneração dos fatores patrimoniais (capital e trabalho), independentemente da ideia de período.

[...]

Proventos, como visto, constituem os acréscimos patrimoniais referentes a remunerações da inatividade (aposentadorias e pensões).”¹⁴ (COSTA, 2022, p. 381 e 383).

Estabelecidas a diretrizes acima, podemos, portanto, concluir que a tributação do *trust* pelo imposto de renda ocorrerá sempre que por meio do regime de bens fiduciário ocorra um acréscimo patrimonial causado pela existência da operação.

A fim de sintetizar a classificação da incidência tributária, podemos observar haver três ocorrências de incidência, sendo: 1 – consequência de imposto de renda direta, cuja razão de ser é o resultado natural de acréscimo patrimonial oriundo da natureza dos bens no regime de bens fiduciário; 2 – consequência de imposto de renda indireta, que surge dos ganhos e rendimentos pagos ao administrador para que este exerça a administração dos bens do regime patrimonial fiduciário, e; 3 – consequência eventual, pois a verificação de acréscimo patrimonial não declarado pelo instituidor à Receita Federal decorre de situação excepcional.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600250/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 391.

¹³ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 193.

¹⁴ COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553623309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623309/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 381 e 383.

cional que não interfere na existência do *trust*, mas por sua causa gera incidência tributária.

Assim, podemos compreender que a operação de *trust/fidúcia* gera tríplice incidência de imposto de renda, sendo uma objetiva gerada pelo resultado da gerência patrimonial, outra indireta quando trata de remuneração do administrador quanto à sua função de gestor do regime de bens e uma eventual pela diferença de valores declarados e transferidos ao regime.

Na primeira hipótese a incidência tributária direta refere-se a existência de ganhos ou rendimentos tributáveis pelo bem ou direito enquanto permanecente do regime de bens fiduciário e que gera a tributação pelo imposto de renda. Como por exemplo podemos citar um imóvel sob contrato de locação que foi inserido como bem no regime de fidúcia. Assim, continua a gerar valores locatícios enquanto permanece como bem constituinte do regime de bens fiduciários, de modo que os rendimentos locatícios serão naturalmente tributados como demanda a regra tributária para o tipo de renda.

Cumpre expor que na forma do art. 10, § 3º, da Lei n. 14.754/2023 e também do art. 13 do Projeto de Lei n. 145/2022, os rendimentos e ganhos de capital dos bens constituídos sobre a forma de *trust/fidúcia* serão de responsabilidade tributária do titular do bem, sendo este considerado o titular legal (quando tratar-se de fidúcia constituída no exterior na forma do art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/23 onde a lei define a responsabilidade diversa a natural da fidúcia) ou titular beneficiário (quando a fidúcia ocorrer em solo nacional e for definido o beneficiário efetivo do bem na forma do art. 2º, inciso II, do Projeto de Lei n. 145/2022). Devendo o responsável tributário registrar a operação de fidúcia, bem como a sua participação como titular em sua declaração correspondente ao ano calendário da constituição da fidúcia e dos ganhos, na forma do art. 12 do Projeto de Lei n. 145/2022.

Quanto à segunda situação de incidência tributária indireta temos uma consequência que apenas existe sob o regime de fidúcia, mas que não interfere na essência contratual, podendo ser entendido como um efeito reflexo do contrato. Trata-se do pagamento feito ao administrador que, quando ocorrer, terá incidência do imposto de renda. Ainda que não expressamente disciplinada nos diplomas legais, por certa tal operacionalização deve ser tributada e declarada no ano calendário que ocorrer, sendo seu responsável tributário o administrador.

A terceira situação de incidência tributária é eventual, pois sua ocorrência não decorre do rendimento natural dos bens constituintes do regime de bens fiduciário e tampouco é reflexiva. Decorre da divergência de valores entre o declarado pelo instituidor quando transferido ao regime de bens e o apresentado por ele quando de sua declaração anual de imposto de renda. Conforme dispõe o art. 11, § 1º, do Projeto de Lei n. 145/2022, o valor a maior entre o declarado à receita

CABRAL, José Wesley Silva. Análise da Incidência Tributária sobre o *Trust/Fidúcia* com Base no Projeto de Lei Complementar n. 145/2022, no Projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e na Lei Ordinária n. 14.754/2023.

Revista Direito Tributário Atual v. 60. ano 43. p. 186-202. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2025.

federal e o declarado em constituição do regime de fidúcia será entendido como acréscimo patrimonial tributável.

Cumpre expor que toda a sistemática da composição da fidúcia exige, por força do art. 4º, § 2º, do Projeto de Lei n. 4.758/2020, o registro em órgão registral que ateste a fé pública da criação da fidúcia, ou seja, é necessário registro em cartório (de imóveis, títulos e documentos ou em algum outro que a lei atribua competência) de modo que ao se ter o registro da constituição da fidúcia, tem-se por possível o conhecimento pela Receita Federal dos detalhes e condições de sua composição. Além disso, em todas as declarações das pessoas que sejam presentes na fidúcia deverá ocorrer a declaração dos ganhos.

A princípio, o entendimento quanto à tributação do *trust/fidúcia* aparenta clareza pelas explanações acima, uma vez estabelecida sua incidência na forma da lei, doutrina e compreensão da operação, contudo, a problemática de tributação pelo imposto de renda alcança contornos obscuros quando observamos as implicações práticas da operação contratual do *trust/fidúcia*.

A principal causa de obscuridade é ocasionada pelo caráter da operacionalização internacional do regime de bens fiduciário.

Pelo já exposto compreendemos de forma clara que a fidúcia se opera por contrato que visa a transferência de bens do instituidor para um regime de bens cuja administração é de um terceiro definido em contrato, tendo, por consequência, o objetivo de transferir os ganhos ou o próprio bem transferido para um beneficiário final.

Ocorre que qualquer dessas partes presentes no contrato pode conter o chamado “elemento de estraneidade” ou “elemento estrangeiro”, o que gera a situação de ampliação da relação jurídica para fora dos limites territoriais de jurisdição brasileira, ou seja, o contrato possui algum elemento internacional que o torna um contrato *misto*¹⁵, com dupla jurisdição aplicável.

No caso do *trust/fidúcia* podemos observar diversas situações que geram a incidência de estraneidades ao contrato, seja por conta de o instituidor, os bens, o conjunto de bens, o administrador ou o beneficiário não terem alcance da territorialidade jurisdicional brasileira ou não possuírem vinculação que faça incidir a norma brasileira em total na operação.

Nesses casos encontramos a dificuldade da visualização da incidência tributária correta, o que gera obscuridade, conflitosidade, falta de clareza ou impedimento da tributação.

Como havíamos visto no caso do I.T.C.M.D. mencionado por Canesso, a existência de operação que ultrapassa os limites territoriais gera interpretação

¹⁵ MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. E-book. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 7.

diversa dos institutos tributários e falta de compreensão correta de sua incidência. No caso mencionado pelo autor, uma contribuinte questiona a Receita Federal sobre a tributação de ganhos do exterior oriundos de *trust* nas Bahamas de seu falecido marido em 2016, época em que passou a receber ganhos do regime de bens. A resposta da Fazenda, tão genérica quanto o questionamento da contribuinte, originou o entendimento simplista de que “se há recebimento de bens ou direitos há tributação”, o que já vimos acima que não é realidade da fidúcia.

Apesar de a situação informada e a resposta da Fazenda não serem suficientes para esclarecer a dúvida que surge quanto à tributação de rendas internacionais, o caso serve para nos fazer observar que há uma infinidade de questionamentos e situações a serem observadas.

A tributação pelo imposto de renda somente recairá pela ocorrência do fato gerador tributável, o qual não se configura pela simples transferência, mas pela natureza do que se está transferindo. Se a transferência se der como de uma totalidade ou parte de bem ou direito constituinte da fidúcia a tributação se dará na forma de transferência gratuita (I.T.C.M.D.), se for de um dos frutos destes bens ou acréscimo patrimonial ocorrerá a incidência de imposto de renda.

No entendimento de Tôrres temos por pontuado que o recebimento de frutos constitui natureza tributável de imposto de renda ainda que recebidos do exterior.

“Portanto, quando o beneficiário receber distribuições do *trust* a qualquer título, pela natureza de acréscimo patrimonial, não é de ‘doação’ que se trata, mas de típico caso de rendimento tributável. [...] Logo, o beneficiário tem o dever de declarar e pagar o IRPF na proporção do rendimento auferido (regime de *Pass-Through Taxation*), quando deverá identificar como ‘fonte’ o *trust* no exterior.”¹⁶

Resta expor que o conflito de competência legislativa entre os entes políticos não é matéria nova ao Judiciário, de modo que tem sido com frequência levado a proferir entendimentos que estabelecem a competência e os limites de tributação com base no interesse de diferentes entes políticos sobre a mesma situação tributável.

Em especial quanto ao conflito entre União e Estado-membros temos julgados¹⁷ que de forma a harmonizar as competências estabelecidas na constituição

¹⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Trust* não pode ser usado para sonegação fiscal. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2015, 7h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 21h03.

¹⁷ ARE n. 1.387.761 AgR, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.02.2023, processo eletrônico *DJe*-s/n divulg 28.02.2023 public 01.03.2023 e RE n. 943.075 AgR, Rel. Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 24.10.2022, processo eletrônico *DJe*-227 divulg 10.11.2022 public 11.11.2022.

afastam a incidência de imposto de renda aos casos em que se verificar a ocorrência de doação, sob pena de bitributação, o que provavelmente será levado novamente a discussão no Judiciário caso o Projeto de Lei n. 145/2022 seja aprovado.

Conclusão

Assim, nota-se de forma pontual que a relação obrigacional de fidúcia ou *trust* constitui-se de uma operação complexa que aponta desafios para sua completa compreensão e incidência tributária.

Ainda que o presente trabalho tenha pontuado algumas ponderações de incidência tributária, a real extensão de posicionamentos, interpretações e entendimentos quanto à tributação da operação de fidúcia é mais ampla do que se pode expor aqui, alcançando, inclusive, tributos não listados nos projetos de lei ou na própria lei promulgada, como a incidência de IOF cambial quando da operacionalização internacional e a existência de taxas quando do registro do regime de bens fiduciário em órgão público ou definido em lei para registro, o que apenas aponta que o estudo pela verificação dos tributos incidentes é mais amplo do que se pode apresentar nesse estudo.

Analizando os projetos de lei e a lei estabelecida, é claro perceber que a operacionalização da fidúcia necessita de efetivos estudos para se adequar ao regime tributário vigente, não apenas para adequação de entendimentos (frisa-se que o Projeto de Lei n. 145/2022 necessita de adequação dos termos conforme o Projeto de Lei n. 4.758/2020 para futura melhor compreensão e estudo), mas também para esclarecimentos quanto às hipóteses de incidência e eventuais conflitos de competência, fato gerador e limites de tributação.

Ainda que possua parecer de rejeição na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar n. 145/2022 se mostra pela análise desse estudo nitidamente constitucional capaz de aprovação, já que a Lei n. 14.754/2023 disciplina tão somente as hipóteses de fidúcia com elementos de estraneidade, de modo que não cumpre expor de forma pontual todas as regras de incidência e regulamentação da tributação da fidúcia em solo nacional.

Pelo analisado, a constituição do regime de bens da fidúcia e sua operacionalização não possui impedimentos para ser regulamentada em nosso país na forma como apresentada, porém, possui uma alta complexidade tributária quando observamos a sua natureza e operacionalização, o que por certo exige a elaboração e estudos cada vez mais aprofundados no tema, sendo este trabalho constituinte desta iniciativa de desenvolvimento.

Referências bibliográficas

- CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599992/>. Acesso em: 18 jan. 2024.

- CANESSO, Rafael Maldonado. Tributação do *trust* deve ser pelo ITCMD, não pelo imposto de renda. *Consultor Jurídico*, 10 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-10/rafael-canesso-tributacao-trust2/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 23h33.
- COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553623309. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9786553623309/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9786553623309/). Acesso em: 18 jan. 2024.
- GIACOMELLI, Cinthia L. F.; ZAFFARI, Eduardo K.; FERREIRA, Gabriel B.; et al. *Direito internacional*. Grupo A, 2021. E-book. ISBN 9786556902753. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9786556902753/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9786556902753/). Acesso em: 25 fev. 2024.
- K. JÚNIOR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553600250. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9788553600250/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9788553600250/). Acesso em: 25 fev. 2024.
- MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. E-book. ISBN 9788597023060. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9788597023060/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9788597023060/). Acesso em: 25 fev. 2024.
- MARTINS, Marlui Souza. Sobre *trusts*. Para entender o argumento da defesa do ex-deputado Eduardo Cunha. *Jus.com.br*: 21.03.2017, às 18:24. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56623/sobre-trusts>. Acesso em: 26 mar. 2024, às 22h34.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627185. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9786553627185/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9786553627185/). Acesso em: 18 jan. 2024.
- ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502181335. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9788502181335/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9788502181335/). Acesso em: 15 jan. 2024.
- S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. E-book. ISBN 9788599519950. Disponível em: [https://integrada\[minhabiblioteca.com.br\]/#/books/9788599519950/](https://integrada[minhabiblioteca.com.br]/#/books/9788599519950/). Acesso em: 15 jan. 2024.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Trust não pode ser usado para sonegação fiscal*. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2015, 7h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 21h03.

Vício de Simulação no Planejamento Tributário Brasileiro: entre a Liberdade do Contribuinte e o Poder de tributar do Fisco

Vice of Simulation in Brazilian Tax Planning: between the Freedom of the Taxpayer and the Power to Tax of the Tax Authority

Marcelo Ferraz Pinheiro

Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário na PUC/SP. Pós-graduado em Direito Tributário no Insper/SP. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e em Ciências Contábeis pela Fipecafi. E-mail: marceloferraz.p@hotmail.com.

Recebido em: 15-5-2025 – Aprovado em: 19-7-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.9.2025.2763>

Resumo

O presente artigo visa breve análise acerca do vício de simulação no direito tributário, a fim de conceituá-lo e verificar os limites de sua aplicabilidade pelo Fisco como fundamento para desconsiderar determinado planejamento tributário. No presente artigo, adotou-se os métodos pragmáticos e zetético de pesquisa, por meio de um estudo doutrinário – na literatura pátria e na estrangeira – e da análise dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema. O desenvolvimento do presente trabalho pressupõe invariavelmente o questionamento e a crítica da dogmática tributária clássica, pretendendo adaptá-la aos novos anseios e problemas aos quais esta vem sendo diuturnamente exposta.

Palavras-chave: planejamento tributário, direito à liberdade, simulação, limites.

Abstract

This article aims to provide a brief analysis of the vice of simulation in tax law, with the goal of defining it and verifying the limits of its applicability by the Tax Authority as a basis for disregarding certain tax planning. In this article, pragmatic and zetetic research methods were adopted through a doctrinal study – in both national and foreign literature – and an analysis of the precedents established by the Supreme Federal Court on the subject. The development of this work invariably involves questioning and critiquing classical tax dogmatics, aiming to adapt it to the new demands and problems it is continuously exposed to.

Keywords: tax planning, right to freedom, simulation, limits.

Introdução

O direito revela-se uma disciplina argumentativa¹. Na constante busca pelo incremento da arrecadação, as autoridades fiscais tendem a defender uma interpretação mais flexível dos conceitos utilizados pelas normas tributárias, tendo como parâmetro a essência econômica do negócio jurídico realizado. Essa interpretação possibilita que o Ente Federado possa obter maior fonte arrecadatória para poder arcar com as despesas públicas em favor de toda a sociedade.

Os contribuintes, por sua vez, sustentam que os institutos de direito privado adotados pela legislação tributária devem ser compreendidos nos exatos limites do ramo jurídico de origem, respeitando-se as fontes do direito. Essa interpretação privilegia a segurança jurídica e previsibilidade sobre a carga tributária que irá onerar os negócios.

Como não poderia ser diferente, diante da sua relevância, o debate acerca dos limites do planejamento tributário não é novo e tampouco incontroverso no direito, muito pelo contrário. A prova da atualidade do tema são as inúmeras autuações fiscais realizadas pelo Fisco que desconsideram determinado ato ou negócio jurídico praticado, sob a justificativa de que o Contribuinte teria incorrido em vícios de “simulação” ou “dissimulação”.

Basicamente, o Fisco alega que o ato ou negócio jurídico declarado supostamente não seria válido, uma vez que a única finalidade de tal operação seria reduzir – ou, ainda, eliminar – a carga tributária que estaria sujeito. Assim, não raras às vezes, o Fisco desconsidera os efeitos jurídicos e tributa os efeitos econômicos de determinado ato ou negócio jurídico, utilizando-se como suporte as normas previstas no parágrafo único do art. 116 e no art. 149, VII, ambos do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, no art. 149, VII, autoriza expressamente que o Fisco realize o lançamento de ofício, quando se “comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. Em outro dispositivo (parágrafo único do art. 116), o Código Tributário Nacional também autoriza a Autoridade Fiscal a “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo”.

Como se pode perceber, a legislação tributária faz expressa menção aos institutos (de direito privado) da “simulação” e da “dissimulação”, porém, não os delimita e tampouco atribui os critérios para que determinado negócio jurídico seja considerado simulado ou dissimulado, para fins tributários.

Diante de tal contexto, pretende-se com o presente estudo responder à seguinte indagação: quais são os possíveis critérios autorizados pelo ordenamento

¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 14.

jurídico brasileiro que permite o Fisco classificar determinado ato ou negócio jurídico como “simulado” ou “dissimulado”?

Neste estudo, não serão analisados todos os vícios (abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei etc.) inerentes ao planejamento tributário, restringindo-se tão somente aos vícios de simulação e dissimulação. Além disso, mesmo diante de tal delimitação, também não se pretende exaurir completamente o estudo do tema ora tratado, em razão da sua eminente complexidade.

I. O necessário respeito às fontes do direito

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior², a ciência do direito não diz o que é *direito* em tal e tal circunstância, época, país, situação, mas que, assumindo-se o direito em tais e tais circunstâncias se proponha a resolver tais e tais conflitos, de modo que o direito *deve ser* compreendido desta de não daquela maneira. Há, portanto, uma evidência de que o direito possui relação com o “dever-ser”, orientando comportamentos.

Ao tratar do tema, Joseph Raz³ afirma que uma norma é válida se cumprir a função de orientar os seus destinatários. Assim, os sujeitos deverão realizar determinados comportamentos, sempre que ocorrer as condições de aplicação da norma.

De fato, o direito precisa ser minimamente efetivo para poder servir de orientação, em razão da sua força prescritiva de modificar o comportamento de seus destinatários. Afinal, conforme afirma Becho⁴, o “direito não ensina nem aconselha, simplesmente prescreve”.

O caráter prescritivo de uma regra jurídica decorre justamente da sua força para constranger o destinatário a alterar o comportamento em razão dela e, por consequência, da sua força para ser obrigatoriamente considerada pelo aplicador como fundamento para a solução do caso⁵. Esta força para constranger o destinatário, por sua vez, deriva das fontes do direito.

No Brasil, que adota o sistema de direito escrito (*civil law*), a principal fonte do direito por excelência é (ou, ao menos, deveria ser) a norma jurídica, entendido o conceito em sua acepção ampla (Constituição federal, lei complementar, lei ordinária, decretos, resoluções etc.)⁶. Assim, conforme ensina Barreto⁷, deve-se

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

³ RAZ, Joseph. *Practical reasoning and norms*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 80.

⁴ BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 237.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 42.

⁶ O art. 96 do Código Tributário Nacional determina que a “legislação tributária” compreende “as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

⁷ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 23-69.

reconhecer a unicidade do sistema jurídico e, consequentemente, a necessária interdisciplinaridade entre os ramos do direito.

Sob tal óptica, pode-se afirmar que o estudo das fontes do Direito representa a compreensão da vontade política do Estado e sua efetivação pelos instrumentos normativos editados. Em última instância, a vontade do Estado Democrático do Direito deve coincidir e representar a vontade do Povo, sendo este um dos principais fundamentos de nossa República, previsto já no primeiro artigo da Constituição Federal⁸.

Contudo, considerando que as leis são gerais, abstratas e indeterminadas, as normas são aplicáveis a um número indeterminado de pessoas e de situações sob “tamanho único” ou “tamanho médio”, através de algumas propriedades que foram escolhidas pelo legislador como relevantes, desconsiderando outras que, no ato de sua aplicação, podem se tornar relevantes, dependendo da perspectiva que se adote⁹.

As leis são instrumentos gerais de regulação, justamente porque é inviável promulgar qualquer simples regra para tudo e para todo o tempo. Ao assim proceder, inevitavelmente, há certa indeterminação da norma. Porém, quanto maior for o grau de indeterminação e generalidade, maior será a margem de discricionariedade do Ente Federado para exercer a sua competência tributária¹⁰.

O problema ocorre quando a Autoridade Fiscal, sob o pretexto de “interpretar” normas indeterminadas, altera a estrutura, os significados e as consequências das regras estabelecidas pela Constituição Federal – através dos dispositivos que, de um lado, limitam o poder de tributar pelo Ente Tributante e, de outro, preveem direitos e garantias em favor do contribuinte –, restringindo os direitos fundamentais de liberdade.

Ao alterar a “interpretação” de tais normas, o aplicador da norma tolherá a possibilidade de o indivíduo de organizar o seu presente e, com autonomia e independência, planejar minimamente o seu futuro, sem engano ou injustificada surpresa¹¹.

A título exemplificativo, quando a Autoridade Fiscal desconsidera os critérios previstos na própria legislação pátria (por exemplo, os critérios previstos no

⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 83-84.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 11.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

art. 167 do Código Civil, na hipótese de simulação) para se adotar outros critérios que sequer estão positivados no direito brasileiro (por exemplo, o critério do “propósito negocial”, importado da jurisprudência norte-americana)¹², há, inevitavelmente, restrição ao direito fundamental de liberdade e, ainda, evidente violação às fontes do direito, gerando demasiada insegurança jurídica.

Em outro exemplo, agora, trazido por Becho¹³, o autor cita o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial n. 1.120.295/SP, que – ao ignorar a regra prevista no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN¹⁴ – adotou um novo marco para interrupção do prazo prescricional: o ajuizamento da execução fiscal, ao invés do despacho que ordenar a citação da parte executada, conforme consta na norma tributária.

Neste julgamento, o órgão julgador além de não aplicar a regra positivada no Código Tributário Nacional, ainda deixa de observar a jurisprudência da própria Corte acerca do tema, criando-se um novo direito, que até então era inexistente. Ao assim proceder, de igual modo, há restrição ao direito fundamental de liberdade e, ainda, violação às fontes do direito, gerando demasiada insegurança jurídica.

Tais exemplos, infelizmente, evidenciam a clara desigualdade no tratamento do Fisco-Contribuinte (tendo, atualmente, um notório viés de decisões proferidas em prol do Fisco) e, ainda, o desrespeito às regras previstas expressamente no ordenamento jurídico pátrio.

¹² Sobre o tema, confira-se abaixo recente julgado do CARF, o qual evidencia o seu entendimento bastante restritivo, no sentido de que, caso determinado planejamento tributário executado pelo contribuinte possua o único objetivo de reduzir a carga tributária, sem que haja qualquer outro “propósito negocial”, tal planejamento não poderá ser “válido” para fins tributários, ainda que esteja de acordo com a legislação vigente:

“Débêntures participativas adquiridas unicamente pelos sócios. Remuneração atrelada aos lucros. Dedutibilidade do lucro líquido. Impossibilidade em face da identificação de simulação. Abuso de forma.

A remuneração de debêntures atrelada exclusivamente aos lucros da empresa, oferecidas unicamente aos seus dois únicos acionistas, antigos sócios da então recente transformada empresa S/A para Ltda., configura elemento distintivo da normalidade e usualidade da operação. A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em evasão. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É necessário que haja um propósito negocial legítimo, de modo que o exercício do direito seja regular.” (CARF, Acórdão n. 1402-006.710. Processo n. 11516.720047/2015-94. Recurso Voluntário. Relator Jandir José Dalle Lucca, data da sessão: 31.01.2024).

¹³ BECHO, Renato Lopes. Os contornos da ciência do direito e seu impacto na formação do direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 223. São Paulo: Dialética, 2014, p. 146.

¹⁴ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

As fontes do direito devem ser – necessariamente – respeitadas e preservadas. Afinal, se assim não for, qual seria o sentido de definir tais fontes?

II. Conceito de simulação no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Pontes de Miranda¹⁵, a simulação pode ser interpretada no sentido de fingir ser ou de se apresentar o que não se é. A simulação é absoluta quando não se praticou ato jurídico algum, enquanto a relativa ocorre quando se sumula determinado ato jurídico para dissimular outro (mostra-se o “não ser” e esconde-se o “ser”).

Em outras palavras, na simulação, faz-se aparecer o que não existe, na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca uma crença falsa num estado “não real”, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente. Em ambas as hipóteses, o agente quer o engano: na simulação quer enganar sobre a existência de uma situação não verdadeira, enquanto na dissimulação quer enganar sobre a inexistência de situação real¹⁶.

Caio Mário¹⁷ define a simulação como um ato ou negócio jurídico que “tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir”. Sampaio Dória¹⁸, por sua vez, defende que o negócio simulado é aquele que tem uma aparência absolutamente contrária à realidade, seja porque não existe absolutamente, ou porque é diverso do que se mostra o negócio que existe. De fato, entre a forma extrínseca e a essência íntima há um contraste. Isto é, as características essenciais discrepam radicalmente daquelas que devem ser próprias do negócio ou categoria legal que foi empregada.

Como se pode perceber, de modo geral, a simulação pode ser entendida como um negócio jurídico que possui uma aparência contrária à realidade, seja porque não existe (simulação absoluta) ou, ainda, porque existe, mas é diferente do que aparece (simulação relativa).

Segundo Oliveira¹⁹, a simulação, em matéria de economia fiscal, corresponde a atos juridicamente inválidos. Nesse sentido, o art. 167 do Código Civil prevê que o negócio jurídico simulado será considerado nulo, quando (*i*) apresentar, conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas que efetivamente cele-

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral, Tomo IV. São Paulo: RT, 1954, p. 373-414.

¹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. São Paulo: Dialética, 2001.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I, p. 432-433.

¹⁸ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 57-79.

¹⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário – elisão e Evasão fiscal – norma antielisão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-118.

braram o negócio jurídico; (ii) realizar declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; e (iii) firmar instrumentos particulares antedatados ou pós-datados.

Assim, quando determinado negócio jurídico incorrer em tais hipóteses, ele será considerado nulo de pleno direito e incapaz de produzir os efeitos de economia fiscal desejados pelo agente. O art. 167 do Código Civil brasileiro – inserido no capítulo V, que trata “da invalidade do negócio jurídico” – prescreve que o negócio jurídico simulado é nulo, mas determina que subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma. Com a dissimulação teríamos dois negócios jurídicos: o simulado (que seria nulo) e o dissimulado (que seria eficaz e produziria efeitos).

O Código Civil, ao inserir o instituto da “simulação” dentro do capítulo da “invalidade do negócio jurídico” e utilizar os termos (i) “invalidade”, ao invés de “defeito”; e (ii) “nulidade”, ao invés de “anulabilidade”; indica que a simulação não se trata de vício de vontade, mas de invalidade. Isto é, ou o ato é inválido ou é válido. Se é inválido, nada subsiste. Mas, se sob a máscara da simulação, há um ato válido, este haverá de subsistir.

Desse modo, a exigência de comprovar a simulação de determinado ato jurídico decorre da análise da validade do ato ou negócio jurídico declarado, capaz – ou não – de constituir fato gerador do tributo. E, caso seja devidamente comprovada a simulação, o ato ou negócio jurídico declarado deverá ser considerado nulo.

Acerca do tema, Becker²⁰ ensina que o ato jurídico nulo é totalmente ineficaz, desde o momento de sua entrada no mundo jurídico, não podendo produzir qualquer efeito. Assim, apesar de existir, o ato jurídico nulo é inválido e, portanto, ineficaz²¹. Neste ponto, Becker defende ainda que cabe exclusivamente ao legislador determinar se o defeito do negócio jurídico celebrado contagia a validade do ato jurídico e, se deste contágio, haverá a nulidade ou anulabilidade²² do ato.

De acordo com o art. 104 do Código Civil brasileiro, a validade do negócio jurídico exige – necessariamente – que haja (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 480-503.

²¹ Não há sentido da validade ou da invalidade de determinado negócio jurídico que não existe. Isto é, somente depois de constatar que determinado negócio jurídico existe é que será possível avaliar a sua validade.

²² Enquanto não for efetivamente decretado a *anulabilidade*, o ato jurídico permanece válido, produzindo efeitos regularmente. Contudo, a partir do momento em que é decretada a *anulabilidade*, o ato jurídico é desconstituído e para de produzir efeitos. Note que, ao decretar a anulabilidade de determinado ato jurídico, os efeitos produzidos até tal decretação permanecem válidos e eficazes. Por outro lado, após decretada a *nulidade*, o ato jurídico se torna inválido desde o momento da sua entrada no mundo jurídico.

O negócio jurídico válido, assim, obriga as partes (da validade decorre a obrigatoriedade), produzindo efeitos por ele previstos (da obrigatoriedade decorre a eficácia). Se inválido, desobriga as partes e não produz efeitos, sendo, portanto, nulo (e não anulável)²³.

Assim, ao contrário do que defende parte da doutrina – à exemplo de César Garcia Novoa²⁴, de Túlio Rosembuj²⁵, de Pontes de Miranda²⁶, de Sampaio Dória²⁷, dentre outros – e até mesmo julgados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”)²⁸, a simulação não decorre de vício de vontade, mas sim de invalidade do negócio jurídico.

Segundo este racional, a vontade ou a intenção do agente não é um requisito essencial para que seja constatada a simulação. Para tanto, sob a óptica ora analisada, o importante é que seja confirmada a validade ou a invalidade do ato jurídico praticado, sendo este o critério estabelecido pelo legislador pátrio.

Assim, a subsistência do negócio dissimulado não está na vontade real das partes, mas (i) na causa que motivou o negócio; e, consequentemente, (ii) no cumprimento dos requisitos de validade do ato ou negócio jurídico. Logo, considerando que o negócio simulado não subsiste, apenas haverá um único negócio a ser levado em conta (o dissimulado). E este é que será tributado.

Em termos práticos, a simulação acontece quando o contribuinte pretende que a autoridade administrativa tributária acredite que alguma coisa aconteceu, quando, na verdade, nada aconteceu. A título exemplificativo, pode-se citar a pessoa física que, ao preencher a sua declaração do Imposto de Renda, informa determinadas despesas médicas – as quais nunca ocorreram – com o único objetivo de reduzir (ou, até mesmo, evitar) o pagamento do imposto devido. Note que, em tal exemplo, o Contribuinte se utiliza de um artifício (ilícito) para que a autoridade administrativa acredite que algo aconteceu, quando nada aconteceu.

²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da competência tributária para desconsiderar atos e negócios declarados. *Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT* v. 12, n. 71, set./out. 2014, p. 21-37.

²⁴ NOVOA, César García. *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 23-95.

²⁵ ROSEMBUJ, Túlio. *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, p. 249-265.

²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral, Tomo IV. São Paulo: RT, 1954, p. 373-414.

²⁷ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 59.

²⁸ “Simulação. Conceito. Inexistência.

A simulação é um dos defeitos dos negócios jurídicos. Consiste numa declaração enganosa da vontade. As partes, para prejudicar terceiros ou fraudar a lei, ou não realizam negócio jurídico algum, havendo apenas um mero fingimento (simulação absoluta), ou realizam um negócio diverso do pretendido, que, portanto, permanece oculto.” (CARF. Acórdão n. 3402-009.893. Processo n. 16561.720246/2016-51, recurso voluntário, relatora Maria Marlene de Souza Silva, data da sessão: 27.09.2022).

Assim, quando a simulação é absoluta, o negócio jurídico declarado será desconsiderado, eis que não foi efetivamente praticado. No exemplo acima, as despesas médicas declaradas serão desconsideradas para fins da apuração do Imposto de Renda da Pessoa Física.

Contudo, quando a autoridade fiscal – por meio de provas robustas – comprova que o ato jurídico declarado decorreu de simulação (portanto, nunca foi efetivamente praticado) e decreta a nulidade do aludido ato, os efeitos produzidos não poderão abranger tão somente o Fisco, mas sim todas as partes envolvidas, incluindo os Contribuintes.

Nesse sentido, a determinação da nulidade do negócio simulado significará que, se tal negócio constituir um evento tributável de um imposto, não haverá a cobrança do tal tributo. Caso o contribuinte já tenha realizado o pagamento, ele terá direito à restituição do tributo pago. A suposição acima não é usual, uma vez que a simulação absoluta é utilizada, em regra, para criar uma aparência que permita aproveitar um benefício fiscal, uma dedução ou qualquer outro tipo de vantagem fiscal.

Para melhor elucidar a questão, imagine-se determinada pessoa “A” que decidiu doar um imóvel à pessoa “B”. Ao receber o bem gratuitamente, “B”, na condição de contribuinte, recolheu o ITCMD²⁹, tributo incidente sobre a doação. Porém, após concretizada a doação com a respectiva lavratura da escritura pública de doação, terceiros interessados ingressaram com ação judicial para questionar a validade do negócio jurídico praticado, sob o fundamento de que o doador (“A”), à época da doação, não tinha capacidade para praticar tal ato, eis que estava gravemente enfermo, de modo que a capacidade de manifestar a sua vontade estava completamente comprometida.

Ao final da ação, o juízo competente proferiu decisão transitada em julgado determinando a nulidade integral da doação celebrada, de modo que o bem imóvel permanecesse sob a propriedade da pessoa “A”, ao invés de “B”. Em tal hipótese, o Contribuinte (“B”) terá direito a pedir a restituição do ITCMD recolhido sobre uma doação consumada por vícios de nulidade?

Sob a óptica deste autor, a resposta é positiva, uma vez que, se não houve a prática do fato gerador (no caso, a *efetiva* doação), não há o que se falar em obrigação tributária principal.

Por outro lado, a dissimulação (também denominada de simulação relativa) ocorre quando o contribuinte pretende que a Administração Pública acredite que alguma coisa aconteceu quando, na verdade, outra diferente ocorreu. Essa situação é ilustrada pela metáfora da máscara. Isto é, o contribuinte tenta, com a más-

²⁹ Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (“ITCMD”).

cara, esconder o negócio jurídico efetivamente praticado. A título exemplificativo, pode-se citar determinado contribuinte que vende um imóvel – cujo valor de mercado corresponde a monta de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) – pelo preço simbólico de R\$ 1,00 (um real). Neste caso, o contribuinte declara que praticou operação de venda de bem imóvel, quando, na verdade, praticou doação deste ativo.

Quando a simulação é relativa, será considerado, para fins jurídico, o negócio jurídico “dissimulado” (ou real), ao invés do simulado (“aparente”). Em outras palavras, no momento de exigir o tributo, a Administração Pública deverá determinar a nulidade do negócio jurídico simulado (no exemplo acima, a “compra e venda do imóvel”) e, assim, considerar o negócio jurídico dissimulado (no exemplo acima, a “doação do imóvel”), desde que possua os requisitos legais de validade do tributo.

Este poder de desconsiderar determinado ato ou negócio jurídico simulado está dentro da competência e capacidade tributária da Administração Pública para fiscalizar os contribuintes e exigir os respectivos tributos, em razão da prática do fato gerador da obrigação tributária.

Para fins tributários, o importante é que o fato gerador do tributo seja *efetivamente* praticado por meio de situação de fato ou jurídica (prevista nos incisos I e II do art. 116 do CTN)³⁰. Logo, caso não haja a efetiva prática do fato gerador, não poderá o Fisco exercer o seu poder de tributar.

III. O direito à liberdade de exercício da atividade econômica

No planejamento tributário, muitas vezes os valores liberais do Estado de Direito (liberdade, livre-iniciativa), com seus princípios jurídicos projetados no direito tributário e econômico (legalidade, autonomia contratual, liberdade no exercício das atividades econômicas), chocam-se com os valores do Estado Social (justiça social, solidariedade), e com seus desdobramentos tributários e econômicos (isonomia e capacidade contributiva)³¹.

Nesse estudo, parte-se da premissa de que a tributação acarreta verdadeira limitação dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. O poder de tributar é, de certa forma, uma limitação ao direito de liberdade do Contribuinte.

³⁰ Considera-se ocorrido o fato gerador (i) tratando-se de “situação de fato”, desde que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; e (ii) tratando-se de “situação jurídica”, desde o momento em que esteja definitivamente constituída.

³¹ LESSA, Donovan Mazza. Limites à liberdade do contribuinte no planejamento fiscal”. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço (coord.). *A Constituição Cidadã e o direito tributário: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 131-160.

De fato, ao obrigar determinado particular ao pagamento de determinado valor a título de tributos, o Poder Público retira, compulsoriamente, parte do patrimônio individual. Esta retirada compulsória, por sua vez, reduz a esfera de liberdade de que dispõe o particular de usar, gozar e dispor dos bens econômicos que lhe pertencem³².

A liberdade pressupõe o direito de gerir a própria vida – inclusive, na parte econômica –, sem se submeter às restrições e às interferências indevidas por parte do Poder Público. Desse modo, não poderá o Poder Público realizar o amesquinhar do núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, pois “a instituição de impostos não pode prejudicar os limites mínimos de eficácia do direito de propriedade e de liberdade”³³.

Nesse sentido, de acordo com Torres³⁴, o tributo passa a ser visto como o preço da liberdade, protegido pelos direitos fundamentais que não podem ser relativizados pelo exercício do poder de tributar. Assim, o aludido autor defende que capacidade contributiva nada mais é do que o espaço jurídico aberto pelos direitos fundamentais para tributação justa, limitada pelos direitos de liberdade, tanto de forma quantitativa (pela proibição de exceção e pela preservação do mínimo existencial) como de forma qualitativa (através das imunidades concedidas pelo texto constitucional e das proibições de privilégios odiosos e discriminações).

No atual contexto de insegurança jurídica que atravessamos, pela incognoscibilidade e/ou incalculabilidade do atual Sistema Tributário nacional³⁵, o contribuinte precisa avaliar prospectivamente as consequências jurídicas de seu empreendimento, sobretudo sob a perspectiva do impacto tributário³⁶, de modo que possa, minimamente, confiar no direito e planejar o seu futuro.

³² LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre a legalidade, liberdade e a solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 86-87.

³³ ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)* n. 12. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008, p. 11.

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário – homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003. v. I.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

³⁶ “Em segundo lugar, os mencionados empecilhos agravam-se por causa da necessidade de planejamento para o exercício de uma atividade econômica. É que, para se conceber e para exercer qualquer atividade, o contribuinte precisa, dentro do seu planejamento, também fazer uma prospecção relativamente às consequências jurídicas futuras, por meio da avaliação das alternativas econômicas sob a perspectiva do seu impacto tributário.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 78).

Em outras palavras, de modo a garantir a segurança jurídica, é preciso que haja o mínimo de cognoscibilidade³⁷, estabilidade³⁸ e confiabilidade³⁹ do contribuinte para que este possa exercer as suas atividades.

Nesse sentido, a autonomia da vontade pode ser entendido como o poder que o direito confere ao contribuinte para regular a sua esfera jurídica de acordo com seus interesses particulares. Assim, deve-se interpretar o direito constitucional à liberdade como a possibilidade de os particulares realizarem seus atos, desde que não sejam proibidos.

Segundo Campos e Andrade⁴⁰, a prevenção fiscal é legítima, pois o contribuinte possui liberdade de escolha, notadamente, de preencher ou não o tipo legal tributário. O contribuinte poderá escolher, dentre os instrumentos jurídicos postos à sua disposição, aquele que mais lhe convém. O direito fiscal determina as situações tributárias, mas não há qualquer obrigação de se colocar numa certa situação prevista na Lei. Assim, se a lei fiscal tributa um certo comportamento, o contribuinte pode evitar praticá-lo, de modo a não se submeter ao recolhimento daquele tributo; se o imposto incide sobre um certo resultado, o contribuinte poderá adotar outros atos e obter um resultado diferente que dê satisfação idêntica aos seus interesses, com menor tributação.

De fato, a liberdade negocial assegura a efetividade de diversos direitos fundamentais (tendo como exemplo o direito à propriedade), permitindo que os sujeitos moldem e alterem as suas situações jurídicas, através de negócios jurídicos praticados.

Segundo Ávila⁴¹, o Brasil possui uma Constituição Federal bastante específica, com atribuição de poder por meio de regras. As regras têm uma função muito

³⁷ A cognoscibilidade significa a capacidade de o destinatário da norma poder comprehendê-la. O cidadão só pode seguir o que o direito determina se, antes, puder compreender a norma. Para tanto, o direito deverá ser minimamente claro e determinado. Os graus de determinação da fonte não são iguais em todas as áreas do direito. Quando há uma limitação à liberdade e ao patrimônio do cidadão, o próprio ordenamento jurídico exige maior determinação.

³⁸ Para que haja o mínimo de estabilidade no direito, deve-se assegurar no presente aquilo que o próprio direito assegurou no passado, seja pelo ato jurídico perfeito, pelo direito adquirido ou, ainda, pela coisa julgada. Em outras palavras, haverá mínima estabilidade no direito quando as “regras do jogo” forem efetivamente preservadas e respeitadas.

³⁹ Para que haja o mínimo de cognoscibilidade no direito, deve-se permitir que o destinatário da norma possa prever as consequências que serão aplicadas no futuro, relativamente aos fatos praticados no presente. Por esse fundamento é que a Constituição Federal proíbe as leis retroativas prejudiciais aos contribuintes, preservando-se, assim, a segurança jurídica.

⁴⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; ANDRADE, João Costa. *Autonomia contratual e direito tributário: a norma geral antielisão*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49-67.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário* v. 98. São Paulo, 2006, p. 74-85.

específica de eliminar ou, ao menos, diminuir conflitos de coordenação⁴², problemas de conhecimento, problemas de custos e problemas de controle de poder.

As regras, especialmente no direito tributário, servem para limitar o poder de tributar, alocar tal poder entre os Entes Tributantes e, ainda, estabelecer conceitos mínimos. Elas descrevem determinada hipóteses justamente para retirar de determinados âmbitos de poder a capacidade para discutir questões.

De acordo com Xavier⁴³, ao descrever o núcleo essencial das normas tributárias na Constituição Federal, tais normas desempenham uma dupla função: uma *função horizontal* de repartição de competências tributárias entre os entes tributantes (União Federal, Estados, Municípios e Distrito Federal), atribuindo a cada um o poder de tributar determinados fatos; e uma *função vertical*, dirigida aos cidadãos, pelo qual se estabelece um catálogo seletivo de manifestações de capacidade contributiva potencialmente sujeitas à tributação, fora do qual o poder de tributar não pode ser exercido pelos entes tributantes.

A regra também facilita a tomada de decisão pelos destinatários da norma. Afinal, conforme ensina Schauer⁴⁴, se nas decisões tomadas de forma individualizada o julgador aplica demasiado tempo analisando todas as peculiaridades do caso concreto, nas decisões baseadas em regras tais peculiaridades são ignoradas, na medida em que sua relevância já foi analisada no momento da criação da regra.

Assim, as regras dividem a responsabilidade e os custos de tomada de decisão entre o criador da regra e o seu aplicador, ganhando em eficiência, e possibilitando a análise de mais casos utilizando os mesmos recursos humanos.

Nesse sentido, a previsão de conceito constitucionais pode ser feita (i) de modo direto, nos casos em que a Constituição Federal já indica expressamente as propriedades conotadas pelos conceitos que utiliza; e, ainda, (ii) de modo indireto, nas situações em que o Poder Constituinte, ao escolher expressões cujas propriedades já eram conotadas em conceitos elaborados pelo legislador infraconstitucional à época da promulgação da Constituição Federal, opta por incorporá-los ao ordenamento constitucional⁴⁵.

A opção constitucional por atribuição de poder por meio de regras de competência demonstra que, apesar de a Constituição Federal trazer princípios que indicam cerca ambivalência – ora um individualismo, ora um solidarismo –, há

⁴² No sentido de que os contribuintes necessitam saber de antemão qual é o significado preciso das hipóteses de incidência.

⁴³ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 21-22.

⁴⁴ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 2002, p. 147-148.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68-88.

uma preferência axiológica do nosso texto constitucional pela limitação de poder. A interpretação das normas deve ser realizada tendo uma coerência sistemática, observando os princípios garantistas e as regras de competência previstos no próprio texto constitucional.

Nesse contexto, pode-se sustentar que, mesmo havendo uma regra, em razão de a linguagem ser largamente indeterminada, caberia ao Poder Executivo definir primeiramente o conceito nela previsto ou escolher um dentre aqueles supostamente albergados na regra constitucional. Contudo, este entendimento, não pode ser aceito. Afinal, este é um papel do legislador.

Desse modo, mesmo nas hipóteses em que a legislação tributária se utiliza de linguagem indeterminada, não poderá o Fisco determinar o seu uso de forma livre e sem qualquer limitação, sob pena de atuar como se fosse o próprio legislador. Além disso, a própria Constituição Federal já prevê sentidos normativos que não podem ser desprezados pelo legislador infraconstitucional.

Por ser um único sistema, uma definição legal de determinado instituto deve valer para todo o direito, salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição num determinado setor do direito⁴⁶.

Cabe ao legislador modificar a legislação para adaptá-la às novas realidades que surgem na atividade econômica, não sendo permitido atribuir ao intérprete (Autoridade Fiscal) a liberdade de ele realizar uma interpretação extremamente extensiva da hipótese legal ou exercer o seu poder de tributar por meio de analogia, para alcançar determinados fatos que o legislador não alcançou. Há um limite no poder de tributar. E este limite, repita-se, está previsto na própria Constituição Federal.

Repete-se: sempre que se altera a estrutura normativa, os significados e as consequências das regras estabelecidas pela Constituição Federal – através dos dispositivos que, de um lado, limitam o poder de tributar pelo Ente Tributante e, de outro, preveem direitos e garantias em favor do contribuinte –, haverá, em tais casos, a restrição dos direitos fundamentais de liberdade.

Ao alterar a interpretação de tais normas, o aplicador da norma tolherá a possibilidade de o indivíduo de organizar o seu presente e, com autonomia e independência, planejar minimamente o seu futuro, sem engano ou injustificada surpresa⁴⁷. O legislador tributário está constrangido por limites constitucionais, que ele não pode ultrapassar.

Neste ponto, Novoa⁴⁸ destaca que há silêncios legislativos propositais – em que o poder legislativo, propositalmente, não regula ou estabelece determinada

⁴⁶ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 117-124.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

⁴⁸ NOVOA, César García. *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 121-163.

hipótese de incidência tributária, impedindo o Fisco de exercer o seu poder de tributar – e silêncios que são um defeito da técnica legislativa. Seja a primeira hipótese (omissão legislativa proposital) ou a segunda (omissão legislativo por defeito), em ambas, a operação ou ato praticado não poderá estar sujeito à tributação.

Se o legislador tributário não o fizer expressamente, não poderá o intérprete adaptar princípio ou instituto de direito privado para aplicar-lhe efeitos tributários especiais⁴⁹. A interpretação deve atribuir a qualquer instituto, conceito, princípio ou forma de direito privado os efeitos que lhes são inerentes, ressalvada a alteração oposta pelo legislador tributário.

Assim, quando o contribuinte, no exercício de sua autonomia privada e na concretização da liberdade de exercício de atividade econômica, usar uma forma jurídica sem dela sem “abusar” – isto é, sem desnaturalizar seus elementos essenciais –, deve-se manter a validade do negócio jurídico praticado, inclusive para efeitos tributários.

É permitido usar das formas jurídicas, ainda que o propósito seja tão somente “economizar tributos”, uma vez que tal propósito está dentro do princípio da liberdade de exercício da atividade econômica. Portanto, conforme ensina Schoueri⁵⁰, a mera presença de capacidade contributiva ou a ausência de eventual propósito negocial extrafiscal, por si só, não é suficiente para (i) desconsiderar determinado planejamento tributário; e (ii) validar a tributação de situação não contemplada pelo legislador.

IV. Requisitos de validade do planejamento tributário

No Brasil, a interpretação da norma tributária deve ser feita com respeito às estruturas jurídicas adotadas, e não pelos meros efeitos econômicos auferidos.

No caso dos tributos, o direito constitucional reconhece a possibilidade de a pessoa ordenar os seus atos e negócios da forma mais econômica possível, de tal modo que, se o fizer regularmente, exercerá licitamente um direito reconhecido. Entretanto, se o exercício desse direito não for regular, o ato será ilícito e inábil para produzir a consequência fiscal desejada.

Neste momento, o leitor atento poderá realizar a seguinte indagação: quais seriam os requisitos para que determinado ato ou negócio jurídico seja considerado *válido*?

Para responder a tal questionamento, Oliveira⁵¹ apresenta três requisitos, os quais dificilmente encontram objeções.

⁴⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001*. São Paulo: Dialética, 2001.

⁵⁰ SCHOUERI, L. E. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Planejamento tributário e o propósito negocial*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 1, p. 13-20.

⁵¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Planejamento tributário – elisão e Evasão fiscal – norma antielisão*

O *primeiro* deles requer que os atos derivados do planejamento tributário sejam anteriores à ocorrência do fato gerador a ser elidido, pela simples razão de que, após, já passa a existir a situação necessária e suficiente a se desencadear o consequente normativo de nascimento da obrigação tributária.

Em outras palavras, após o fato gerador, já há obrigação tributária *ex lege*, e a liberdade para ordenação voluntária dos atos já não mais existe, somente cabendo àquele que antes não era contribuinte, mas agora o é, providenciar a extinção dessa obrigação pelos meios legais. É a partir daí que se torna impossível elidir (evitar) a obrigação tributária, e que a evasão (fuga) do cumprimento da obrigação existente, perpetrada por quaisquer artimanhas, além de ser ilegal em si, também violará a exigência constitucional da isonomia perante outras pessoas que se encontrem na mesma situação.

O *segundo* requisito é licitude dos atos praticados pela pessoa, de tal forma que, se algo não for lícito perante o direito privado em geral, ele não poderá produzir licitamente qualquer economia fiscal. Assim, os efeitos econômicos dos atos e negócios jurídicos praticados – efeitos estes visados pela lei tributária – dependem necessariamente da sua validade jurídica, tanto para existir obrigação tributária quanto para se elidir obrigação tributária ainda inexistente.

Nesse sentido, deve-se observar a Lei Complementar n. 95/1998 que, ao dispor acerca da “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”, determina expressamente que as normas, para obter clareza, deverão “usar as palavras e expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando”⁵². Os parágrafos subordinam-se ao *caput*⁵³ do dispositivo, do qual são normas dependentes ou complementares. Deve-se adotar a regra de hermenêutica, segundo o qual a lei vale pelo que ela é. O que está escrito deverá prevalecer sob o que não está escrito.

e norma antievação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-118.

⁵² Lei Complementar n. 95/1998:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I – para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;”

⁵³ Por exemplo, o Parecer n. SR-70, de 6 de outubro de 1988 do Consultor Geral da República, ao afirmar “o parágrafo é, tecnicamente, o desdobramento do enunciado principal, com finalidade de ordená-lo inteligentemente ou excepcional a disposição principal”.

Outro exemplo, o voto do então Ministro Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 146.615-4/PE, em 6 de abril de 1995, ao dispor “quando os parágrafos, no tocante a hipóteses determinadas, as disciplinam diferentemente da regra geral contida no *caput* do mesmo dispositivo, aqueles devem ser interpretados, sempre que possível, como exceções a este”.

O ambiente patrimonial e econômico – dentro do qual pode haver incidências tributárias – é regido pelo direito privado, dado que somente há venda, compra, doação, incorporação, sucessão, cisão ou qualquer outro fato de mutação patrimonial (fatos relevantes para o direito tributário) se forem cumpridas as prescrições das normas desse ramo do direito que tratam de cada um desses eventos.

A própria noção de patrimônio corresponde ao conjunto de relações jurídicas atributivas de direitos e obrigações com conteúdo econômico, cuja existência portanto, depende do direito privado. A essencialidade do direito privado para o nascimento de obrigações tributárias, ou o não nascimento, manifesta-se como requisito para o planejamento tributário poder ser elisivo, pois a eliminação de um tributo depende de ter sido praticado ou omitido validamente um ato, de modo que não haja a formação da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária respectiva.

Em outras palavras, o direito tributário depende do direito privado, porque este rege o ambiente econômico no qual podem existir ou não existir fatos geradores tributários, e uns se distinguem dos outros. É neste sentido que o direito privado deve ser observado em qualquer planejamento tributário, em razão dos efeitos que os atos e negócios jurídicos vão produzir, sendo justamente esses efeitos que se situam no campo da tributação.

O *terceiro* requisito é a ausência de simulação. A rigor, a ausência de simulação já está inserida no segundo requisito porque o ato simulado é nulo e, portanto, não produz os efeitos pretendidos pela pessoa autora da simulação, inclusive o de evitar a incidência de algum tributo. A simulação é destacada por Oliveira por duas razões.

A primeira é por se tratar do vício jurídico mais comum nos planejamentos fiscais evasivos, isto é, irregulares e ineficazes. E a segunda razão, mais substancial do que a primeira, consiste em que, caso se trate de simulação relativa, a invalidade do ato simulador acarreta a validade do ato dissimulado, se este for válido na substância e na forma (art. 167 do Código Civil).

O Fisco nada poderá exigir se um determinado contribuinte, por meio lícitos, evita a ocorrência do fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou ao tempo que lhe sejam mais favoráveis. Se o intérprete abstrai a estrutura jurídica para se fixar na realidade meramente econômica, quem pratica o ato ilícito é o próprio intérprete, uma vez que não há regra jurídica autorizando tal abstração.

A liberdade de abster-se (não fazer) é um direito de natureza idêntica ao da liberdade de agir (fazer). Em ambos os casos, o titular do direito possui o direito de opção: de praticar ou não praticar determinado ato jurídico⁵⁴.

⁵⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no Código Tributário Nacional e na prática. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.

Na prática de atos de elisão fiscal (isto é, de planejamento lícito), o Estado não sofreu nenhum dano em seu patrimônio, pela simples razão de que nunca chegou a ter o direito a receber aquele tributo que deixou de ser pago, uma vez que não houve a efetiva ocorrência da hipótese de incidência (“fato gerador”) da regra jurídica tributária.

V. Possíveis critérios para desconsideração do planejamento tributário simulado

Se o negócio é praticado através de instrumentos ilícitos, como é o caso da simulação e da dissimulação, então haverá evasão fiscal que deve ser combatida de maneira rígida. Se o negócio é praticado com fórmulas jurídicas autorizadas – ou não vedadas pelo ordenamento –, o caso é de elisão.

Nesse sentido, conforme evidenciado acima, o art. 167 do Código Civil prevê 3 (três) hipóteses em que o víncio de simulação estaria configurado, quais sejam: (i) nos negócios jurídicos que apenas aparentam sustentar determinada realidade, mas que verdadeiramente, traduzem prática distinta (inciso I); (ii) negócios que contém declarações não verdadeira (ou mentirosa) (inciso II); (iii) negócios que afirmam a existência de situações que, na verdade, não ocorreram no passado (contratos antedatados) ou que não serão constituídos em data futura (instrumentos pós-datados) (inciso III).

Assim, sob a óptica do direito privado, para que o víncio de simulação esteja devidamente configurado, há necessidade que se demonstre a existência de ao menos uma das três hipóteses listadas acima. Contudo, no âmbito tributário, não há qualquer norma que indique expressamente os critérios para que o Fisco possa desconsiderar determinado ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de dissimular o fato gerador do tributo.

Diante de tal omissão do legislador tributário, o Fisco apenas estará autorizado a desconsiderar determinado ato ou negócio jurídico tido como simulado nas hipóteses previstas taxativamente no art. 167 do Código Civil, em razão da unicidade e coerência do sistema jurídico. A omissão legislativa não autoriza o Fisco, ao seu bel-prazer, “criar” requisitos de validade sem qualquer previsão legal. Não há espaço para suposições, analogias ou interpretações econômicas no exercício do poder de tributar.

Nesse sentido, Oliveira⁵⁵ alerta acerca da necessidade de que o ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, discipline as ações das autoridades fiscais no combate à evasão fiscal e, de outro, regulamente a liberdade individual de organização e reorganização dos negócios. Contudo, em tal regulamentação não se pode,

⁵⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Norma geral antielusão. *Revista Direito Tributário Atual* v. 25. São Paulo: IBDT, 2011, p.132-146.

sem qualquer análise crítica e comparativa, simplesmente importar preceitos e conceitos firmados em outros países para aplicá-los no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta desejável norma geral antielisão deverá estar prevista em Lei Complementar, por se tratar de matéria que está reservada constitucionalmente à lei dessa natureza (art. 146 da CF), seja ser norma geral que limita o poder de tributar, ou, ainda, por regular possíveis conflitos de competência entre os entes tributantes.

Nesse sentido, a aludida Lei Complementar (a qual ainda não foi editada), além de determinar a expressa revogação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional – por já nascer defeituoso, eis que transfere à lei ordinária matéria que deverá ser regulamentada por Lei Complementar –, também deverá resguardar o direito de a pessoa administrar o seu patrimônio e os seus negócios licitamente, do modo mais econômico possível.

O parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional atribui competência à Autoridade Administrativa para desconsiderar determinados atos ou negócios jurídicos praticados com a “finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo”, devendo atender a determinados procedimentos que serão definidos por meio de lei ordinária. O aludido dispositivo está situado no capítulo “do fato gerador”, que integra o Título II do Código Tributário Nacional, o qual trata da “obrigação tributária”.

Assim sendo, para que ocorra hipótese de incidência da norma autorizadora da desconsideração do negócio jurídico é indispensável que (i) sob o aspecto formal, exista a definição legal do fato gerador praticado; e (ii) materialmente, ele ocorra, embora dissimuladamente. O objetivo da aludida norma é, justamente, autorizar que seja afastada a “máscara” (a dissimulação) para permitir atingir o fato gerador que tenha efetivamente ocorrido.

Logo, se não ocorreu o fato gerador (verificável e legalmente previsto), não se materializou a hipótese de incidência do parágrafo único do art. 116 do CTN, de modo que os atos ou negócios praticados pelo Contribuinte não poderão ser desconsiderados pela Autoridade Administrativa. Se (e tão somente se) a situação de fato ou de direto descrita na lei tiver ocorrido efetivamente é que o dispositivo será aplicado, isso na hipótese de existir lei que regulamente os procedimentos. Repita-se: não há espaço para suposições, analogias ou interpretações econômicas.

O parágrafo único do art. 116 da Lei Complementar n. 104/2001 não representa cláusula genérica antielisiva e tampouco altera os critérios de interpretação para autorizar o abandono da forma, conceitos e institutos de direitos privados em favor de uma “chamada interpretação econômica” (já que sequer está inserido no capítulo IV do CTN, que trata da interpretação e da integração a legislação tributária).

Tal norma também não autoriza analogia, a desconsideração dos negócios jurídico indiretos válidos, a interpretação dita econômica, a invocação da teoria do abuso de formas ou de qualquer outro mecanismo com o qual determinadas pessoas se insurgem contra a elisão fiscal.

Em suma, tendo em vista que o parágrafo único do art. 116 do CTN não objetiva definir qualquer elemento constitutivo do fato gerador ou da respectiva obrigação tributária, não cabe afirmar que ele (i) introduziu no Brasil a interpretação dita econômica dos fatos ou a prevalência do conteúdo econômico sobre a estrutura jurídica, (ii) criou uma presunção legal de ocorrência do fato gerador por considerações meramente econômicas, (iii) proibiu a prática de negócios jurídicos indiretos, ou ainda que (iv) passou a admitir a desconsideração dos negócios jurídicos indiretos para efeitos tributários.

Recentemente, no julgamento da ADI n. 2.446, em 9 de abril de 2022, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, sob o entendimento de que o dispositivo legal comentado somente autoriza a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação do fato gerador, buscando combater à evasão fiscal, não autorizando a utilização de analogia para definição de fato gerador. Ao final, a ministra relatora Cármem Lúcia assentou que a norma tem eficácia contida e sua aplicação carece de lei ordinária que a regulamente.

De acordo com Novoa⁵⁶, as cláusulas gerais antielusão constituem previsões legislativas – que devem estar acobertadas pelo princípio da legalidade –, as quais possuem hipóteses genéricas e termos indeterminados, de modo a abarcar o maior número de casos tributários possíveis. Há uma maior extensão da norma, no sentido que poderá ser aplicada a um maior número de contribuintes⁵⁷.

Conforme explica Schauer, toda regra parte de uma generalização criada através de uma análise de probabilidade da vinculação entre os fatos que a compõem e o objetivo buscado pela regra⁵⁸. De fato, ao descrever determinada cir-

⁵⁶ NOVOA, César García. *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 259-275.

⁵⁷ A norma geral antielusão se situa no âmbito probatório, e não normativo, o que significa que essa forma de estruturar as cláusulas não supõe a criação de uma verdade normativa específica. De modo geral, a prova da ocorrência de tal ilegalidade será sempre do Fisco. Por sua própria natureza probatória, e ao não presumir a definição de uma verdade normativa, as cláusulas estruturadas como presunções legais não são definitivas, podendo ser anuladas em razão da verdade material dos fatos. Entre o “fato presumido” e o “fato verdadeiro”, deve-se prevalecer este último.

⁵⁸ “The factual predicate thus represents a set of facts whose existence indicates an increased likelihood of the occurrence of the justification, and whose (effective) prohibition will consequently decrease the likelihood (or incidence) of the evil against which the rule is aimed. Similarly, if the rule is seen to have been established in pursuit of a positive goal rather than diminution of an evil, the existence of the condition represented by the factual predicate will, when the probabilistic relationship exists, increase the likelihood of the positive goal toward which the rule is targeted.”

cunstância como hipótese de incidência, o legislador cria fórmula que apresenta alto grau de probabilidade de se atingir a finalidade arrecadatória pretendida.

Nesse sentido, as regras partem de generalizações feitas no passado, projetando-se os seus efeitos para o presente (ou para o futuro), no intuito de promover a justificativa da regra através de uma análise de probabilidade da ocorrência das situações que se deseja atingir. Dada a impossibilidade de prever o futuro (ou de criar conceitos perfeitos), a generalização criada pela regra poderá refletir hipóteses aquém ou além da justificativa correlata, gerando efeitos indesejáveis.

Por não estabelecer critérios objetivos e termos determinados, as cláusulas gerais abrem margem à Autoridade Administrativa adotar “interpretação econômica” (ao invés de jurídica) e, também, se utilizar de analogias para fundamentar o seu poder de tributar. Há uma linha bastante tênue entre “evitar a ocorrência do fato gerador” e “ocultar a ocorrência do fato gerador”. Assim, a utilização demasiada de conceitos indeterminados poderá gerar mais insegurança do que segurança jurídica.

Logo, o mero fato de – atualmente – não ter norma específica no direito tributário que trata especificamente do vício de simulação, não significa que o Fisco poderá, ao seu bel prazer, “interpretar” tal instituto e definir os respectivos critérios da forma que lhe for mais conveniente. Ao assim proceder, ignora-se por completo as regras já previstas no art. 167 do Código Civil (fonte do direito) e, consequentemente, a segurança jurídica.

Conclusão

O atual momento do país – em que se discute a reforma tributária – é bastante propício para que a Lei seja editada pelo Congresso Nacional para instituir a norma geral antielusão, estabelecendo critérios objetivos, de modo a, justamente, eliminar (ou, ao menos, reduzir) a incerteza e a insegurança jurídica acerca do tema. A regulação da norma seria benéfica (*i*) ao Fisco, que terá ciência exata de quais critérios deverão ser observados para desconsiderar determinado ato ou negócio jurídico; e (*ii*) aos Contribuintes, eis que proporcionaria maior calculabilidade, tendo em vista que o cidadão poderá prever em quais hipóteses o Fisco poderá atuar.

Diante de tal contexto, enquanto não há norma tributária que delimita, de forma clara e precisa, os exatos critérios a serem utilizados pelo Fisco para caracterizar determinado ato ou negócio jurídico como simulado (seja em seu sentido absoluto ou relativo), apenas será possível desconsiderar o negócio jurídico praticado se – e tão somente se – estiver dentro das hipóteses previstas no art. 167 do Código Civil (fonte do direito).

(SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 2002, p. 30)

Isto é, o Fisco poderá desconsiderar determinado planejamento tributário incorrido sob o vínculo da simulação, quando o contribuinte (*i*) apresentar, conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas que efetivamente celebraram o negócio jurídico; (*ii*) realizar declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; e (*iii*) firmar instrumentos particulares antedatados ou pós-datados.

Este entendimento privilegia a unicidade e a coerência do sistema jurídico. A omissão legislativa ou a indeterminação das normas não autoriza o Fisco, ao seu bel-prazer, “criar” requisitos de validade sem qualquer previsão legal. Não há espaço para suposições, analogias ou interpretações econômicas no exercício do poder de tributar.

O princípio da solidariedade (em que prevê que a seguridade social será financiada por toda a sociedade) não poderá analisada de forma isolada e, assim, servir de fundamento para legitimar qualquer cobrança de tributo para o custeio da sociedade. Deve-se analisar, também, as normas assecuratórias de direitos e garantias dos Contribuintes (incluindo-se o direito à proteção da liberdade dos Contribuintes).

Assim, o planejamento empresarial – tendo como exemplo a redução dos custos da atividade econômica – é direito do contribuinte, que não pode ser reduzido por interpretações analógicas e presunções, não previstas em Lei. A arbitrariedade, que nessas circunstâncias se instala, é que desiguala injustamente os contribuintes e projeta insegurança jurídica, em um campo que a Constituição Federal privilegiou a certeza e a previsibilidade.

Portanto, é lícito não praticar o fato gerador apenas para evitar ou reduzir a respectiva obrigação tributária. De igual modo, é lícito adotar uma conduta para atingir determinado resultado, diferente do que seria obtido por outra conduta, também apenas para evitar ou reduzir a incidência tributária que nasceria dessa outra. A escolha de uma forma jurídica tributariamente mais favorável ao contribuinte não é presunção de simulação, mas sim um direito de liberdade do contribuinte.

Bibliografia

- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68-88.
- ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário* v. 98. São Paulo, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.
- BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.
- BECHO, Renato Lopes. Os contornos da ciência do direito e seu impacto na formação do direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 223, 2014.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- CAMPOS, Diogo Leite de; ANDRADE, João Costa. *Autonomia contratual e direito tributário*. Coimbra: Almedina, 2008.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. São Paulo: Dialética, 2001.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: J. Bushatsky, 1977, p. 57-79.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da competência tributária para desconsiderar atos e negócios declarados. *Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT* v. 12, n. 71, set./out. 2014, p. 21-37.
- LEÃO, Martha Toribio. O direito fundamental de economizar tributos: entre a legalidade, liberdade e a solidariedade. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LESSA, Donovan Mazza. Limites à liberdade do contribuinte no planejamento Fiscal. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço (coord.). *A Constituição Cidadã e o direito tributário: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 131-160.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV, 2. ed. Rio de Janeiro, 1954.
- NOVOA, César Garcia. *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., 2004.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no Código Tributário Nacional e na prática. *Revista de Direito Tributário Atual* v. 27. São Paulo: Dialética, 2012.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Norma geral antielusão. *Revista Direito Tributário Atual* v. 25. São Paulo: IBDT, 2011, p. 132-146.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário – elisão e Evasão fiscal – norma antielusão e norma antievasão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.
- RAZ, Joseph. *Practical reasoning and norms*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ROSEMBUJ, Túlio. El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon, 2002.
- SCHOUERI, L. E. O desafio do planejamento tributário. In: Luís Eduardo Schoueri (org.). *Planejamento tributário e o propósito negocial*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 1.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário – homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003. v. I.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

Tributação da Economia Digital: IOF-Câmbio nas Operações com *Stablecoins*

Taxation of the Digital Economy: IOF-exchange on Transactions with Stablecoins

Marcio Pedrosa Junior

Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário e em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado em São Paulo/SP. E-mail: marcio.pedrosa.jr@gmail.com.

Recebido em: 8-1-2025 – Aprovado em: 2-6-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.10.2025.2679>

Resumo

Este artigo trata da possibilidade da incidência de IOF-Câmbio sobre as operações internacionais com *stablecoins* referenciados em moedas fiduciárias. Ele apresenta o conceito de *stablecoins* como modalidade de criptoativo, descrevendo, em linhas gerais, as características e as fragilidades dos mecanismos tecnológicos de que se valem para manter a paridade (*peg*) em relação ao valor de uma moeda. A partir disso, discute-se a possibilidade de qualificação das *stablecoins* como moeda, nas acepções econômica e jurídica. Defende-se que, no regime vigente, as *stablecoins*, ainda quando oponíveis ao emissor, dotadas de conversibilidade e de interoperabilidade plena com o mundo real, não se ajustam aos conceitos de moeda nacional e estrangeira, de documento representativo de moeda, e, de disponibilidade de moeda, nos termos exigidos pelo art. 63 do CTN. Conclui-se que as transações com *stablecoins* não constituem operações de câmbio sujeitas ao IOF, salvo a demonstração de simulação.

Palavras-chave: criptoativos, *stablecoins*, IOF-Câmbio, câmbio irregular.

Abstract

This article examines the potential applicability of the Tax on Financial Transactions (IOF-Exchange) to international transactions involving stablecoins pegged to fiat currencies. It introduces the concept of stablecoins as a type of cryptocurrency, outlining their general characteristics and the vulnerabilities of the technological mechanisms used to maintain their peg to a currency's value. The article then explores the possibility of classifying stablecoins as currency, from both economic and legal perspectives. It argues that under the current regulatory framework, stablecoins, even when convertible into currency and fully interoperable with the real world, do not fit the legal definitions of national or foreign currency as stipulated by Article 63 of the National Tax Code (CTN). The conclusion is that transactions involving sta-

blecoins may not constitute foreign exchange transaction subject to IOF, unless there is clear evidence of simulation.

Keywords: cryptoassets, stablecoins, IOF-Exchange, unlawful foreign exchange transaction.

1. Introdução

As *stablecoins* são ativos digitais criptografados que buscam mimetizar o valor e as funções de moedas fiduciárias ou de outros ativos. Como o seu valor é determinado por vinculação ao ativo de referência, as *stablecoins*, diferentemente da generalidade dos demais criptoativos, são “estáveis”. Essa estabilidade relativa pode ser obtida por diferentes mecanismos, a depender do projeto. Uma possibilidade é a manutenção, pelo emissor, de reservas do ativo de referência. É o exemplo de um criptoativo cuja paridade (*peg*) com o dólar seja obtida por meio da manutenção de dólares em garantia no mesmo valor da oferta do criptoativo, de sorte que, para cada criptoativo gerado, haja um dólar nos cofres de uma instituição depositária. Outro mecanismo consiste na utilização de um algoritmo que atua sobre a curva de oferta a fim de manter o equilíbrio de preço desejado.

Embora o seu uso mais difundido esteja nas trocas *peer-to-peer* (“P2P”) envolvendo outros criptoativos, as *stablecoins* também podem ser utilizadas para trocas por bens e serviços no “mundo real”. Além disso, em muitos casos, ao menos em tese, as *stablecoins* podem ser “resgatadas” em moedas fiduciárias, característica que viabiliza o seu uso como uma alternativa mais rápida e barata à infraestrutura de pagamentos operada pelos bancos.

Nesse contexto, este trabalho tem por objetivo a análise da possibilidade da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (“IOF-Câmbio”) em operações internacionais com *stablecoins* referenciadas em moedas fiduciárias. A questão surge, sobretudo, da possibilidade de que as *stablecoins* sejam utilizadas como sucedâneo de moeda nacional ou estrangeira, em uma operação de que, de outro modo, seria tributada pelo IOF-Câmbio. A relevância dessa investigação decorre não apenas da popularização das transações com criptoativos, mas, também, do fato de que as *stablecoins* em específico ainda não foram objeto de manifestação das autoridades fiscais. Outro fator importante decorre de eventos recentes em que algumas das *stablecoins* mais relevantes no mercado perderam a paridade com os respectivos ativo de referência. Esses eventos, argumenta-se, contribuem para a afirmação da impossibilidade normativa da equiparação das *stablecoins* às moedas fiduciárias, logo, da incidência do IOF-Câmbio sobre tais transações.

2. O IOF e o conceito de operações de câmbio

A despeito da designação genérica que se convencionou adotar¹, sabe-se que o IOF, em sua estrutura conceitual, contempla quatro impostos diferentes, que

¹ O art. 1º da Lei n. 5.143/1966 adotou o nome “Imposto sobre Operações Financeiras”, e o art. 5º da Lei n. 8.894/1994 referiu-se ao “IOF”.

podem incidir sobre operações de (i) crédito, (ii) câmbio, (iii) seguro, e (iv) títulos e valores mobiliários, de acordo com os fatos geradores e as bases de cálculo delineadas no art. 153, inciso V, da Constituição de 1988, complementado pelos arts. 63 e 64 do Código Tributário Nacional (“CTN”)².

O estudo da incidência do IOF nas operações com criptoativos poderia ser realizada a partir de qualquer um desses núcleos conceituais, sabendo-se que os *tokens* constituem representações criptográficas de direitos com as feições as mais diversas possíveis, incluindo, em potencial, categorias funcionalmente similares àquelas visadas pelas materialidades do IOF. O recorte feito neste trabalho, todavia, cinge-se à incidência do IOF-Câmbio nas operações com *stablecoins* referenciados a moedas fiduciárias, tendo em vista a discussão da possibilidade de sua qualificação como moeda ou equivalente.

Conforme a dicção legal, o fato gerador do IOF-Câmbio é à *entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente*, o que se reputa ocorrido no momento da *liquidação da operação de câmbio* (art. 11 do Decreto n. 6.306/2007 – “RIOF”). Já a base de cálculo do imposto, desdobramento do fato gerador, é o *montante em moeda nacional recebido, entregue ou posto à disposição* (art. 64, II, do CTN), isto é, ao valor de liquidação da operação de câmbio.

A operação de câmbio designa a execução do negócio jurídico firmado para a compra ou a venda de moeda estrangeira. O termo *operação* denota a exigência da *execução* de um negócio jurídico bilateral. Já o termo “câmbio” qualifica o negócio jurídico nesse enunciado específico, remetendo ao contrato mercantil celebrado para a trocas de moeda estrangeira por nacional, ou vice-e-versa, segundo uma *tакса de conversão* que exprime o poder da moeda do País para adquirir a moeda adotada de outro (contrato de câmbio)³.

Não se trata de simples troca ou permuta, mas de efetiva compra e venda, na qual a moeda estrangeira figura como mercadoria e a moeda nacional, como preço⁴. Sabe-se que a moeda estrangeira dispõe de poder liberatório (solvabilidade) no Brasil, constituindo, no plano interno, uma mercadoria, a coisa (*res*) que circula e serve de objeto às trocas ocorrentes no mercado de câmbio. A moeda,

² Essas operações nem sempre têm como materialidade uma “operação financeira”, visto que a sua incidência também é possível em operações não financeiras, a exemplo do mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (art. 13 da Lei n. 9.779/1999), cuja constitucionalidade foi recentemente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema n. 104 da Repercussão Geral.

³ A troca de moedas pode se dar a valor de mercado, segundo a taxa de conversão divulgada por entidades oficiais, ou, por uma taxa de câmbio que, além da taxa de conversão oficial, inclui uma margem de lucro (podendo embutir também o IOF e outros custos de comercialização, no caso de câmbio realizado de forma profissional no mercado financeiro).

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* – direito das obrigações. Compra e venda. Tomo XXXIX, 3. ed. São Paulo: RT, 1984, p. 141.

hoje, é o real, que tem curso legal (art. 11 da Lei n. 9.060/1995). Não é por outro motivo que o art. 318 do Código Civil estabelece a nulidade das convenções de pagamento em moeda estrangeira, salvo as exceções estabelecidas de forma expressa na legislação cambial.

Conforme reconhece o art. 63, inciso III, do CTN, o contrato de câmbio pode ter por objeto a entrega de *moeda nacional ou moeda estrangeira*, ou, de um *documento que a represente*. O enunciado decorre da distinção, no direito privado, entre o *câmbio manual*, troca direta de moeda contra moeda, e o *câmbio trajectício ou sacado*, que envolve a transferência de moeda estrangeira por meio de ordem de pagamento ou de títulos como a letra de câmbio⁵, o que pode ocorrer nos casos em que são diferentes os locais de cumprimento das prestações de cada parte no contrato. Porém, o fato hipotético descrito pelo CTN não se limita não à *entrega de moeda, nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente*. O art. 63 também menciona a *colocação [da moeda] à disposição do interessado em montante equivalente à moeda nacional ou estrangeira posta à disposição por este*. A interpretação dessa expressão é controversa na doutrina.

De um lado, há quem defenda possibilidade de incidência do IOF-Câmbio em hipóteses de circulação “escritural” de moeda, ainda que tal circulação ocorra por uma ficção criada pela legislação cambial. Haveria, assim, uma terceira modalidade de câmbio (*câmbio escritural ou de curso informático ou digital*), que se somaria ao câmbio manual e ao câmbio trajectício, sem exigir uma efetiva transferência de moeda para a ocorrência do fato gerador do imposto.

Nessa modalidade estariam, por exemplo, as “operações simultâneas de câmbio”, que não representam uma troca efetiva de moedas ou a emissão de uma ordem de pagamento do ou para o exterior, mas cuja formalização era exigida pelo Bacen, e.g., na conversão de crédito estrangeiro direto e nas conferências internacionais de ações⁶⁻⁷. Essa interpretação seria reforçada pelo art. 15-B do RIOF, que atribuiu alíquota zero às operações de *compra simultânea* às operações de venda, carregando implícita a premissa de que as operações de câmbio simultâneo podem ser tributadas pelo IOF (a operação de venda seria tributada à alíquota geral de 0,38%)⁸.

⁵ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999 p. 120-21; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários – conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. (coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 126.

⁶ BOITEUX, Fernando Neto. A incidência do IOF sobre as operações de “câmbio simbólico”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 164. São Paulo: Dialética, maio de 2009, p. 49-51.

⁷ A partir de 1º de novembro de 2023, as operações simultâneas de cambio deixaram de ser exigidas, sendo as conversões informadas diretamente no sistema de prestação de informações de capital estrangeiro (SCE), conforme disposto na Resolução BCB n. 278, de 31 de dezembro de 2022.

⁸ Nesse sentido, cf. a Solução de Consulta Cosit n. 261, de 26 de setembro de 2014, e a Solução de Consulta Cosit n. 597, de 21 de dezembro de 2017.

Por outro lado, há quem defenda que a expressão “à disposição” não dispensa, para a incidência do IOF, a verificação uma operação de câmbio efetiva, com a contraposição de moeda nacional, de curso legal, e de uma moeda estrangeira, reputando *ilegal* a incidência do IOF nas operações simultâneas de câmbio⁹. A efetivação do fato gerador por colocação da moeda à disposição ocorreria, por exemplo, ao deixar o montante em tesouraria, à disposição do interessado¹⁰. Esta controvérsia será retomada mais adiante.

3. O fato gerador do IOF e a atuação regulatória da autoridade monetária

As operações de câmbio sujeitam-se a rígido controle estatal. O Conselho Monetário Nacional (“CMN”) é responsável pela fixação das diretrizes da política cambial, inclusive quanto à compra e venda de moeda estrangeira (art. 4º, inciso V, da Lei n. 4.595/1964). Já o Bacen recebeu as funções de regulamentação e supervisão das operações de câmbio (art. 5º, e art. 14, § 2º, do MLC¹¹; art. 3º, inciso III, da Lei n. 4.595/1964).

As operações no mercado de câmbio não são de livre acesso, somente podendo ser realizadas por meio de instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio ou correspondente autorizado (art. 10, inciso X, *d*, da Lei n. 44.595/1964; art. 3º do MLC). É certo que o MLC promoveu várias inovações tendentes a desburocratizar o mercado de câmbio. O art. 26 autorizou a manutenção, no exterior, dos recursos em moeda estrangeira relativos aos recebimentos de exportações brasileiras de mercadorias e serviços para o exterior, sem limitações de tempo e valor. Já o art. 12 autorizou a compensação privada de créditos ou valores entre residentes e não residentes, em hipóteses a serem regulamentadas pelo Bacen (a regulamentação em vigor não prevê hipótese de compensação privada de créditos, embora seja autorizada, no caso de conta de não residente em reais, a movimentações do e para o exterior em valores líquidos, desde que os negócios sejam informados ao Bacen pelos valores integrais – arts. 24 e 25 da Resolução Bacen n. 277/2022). No art. 13, o MLC arrolou situações em que as obrigações firmadas em território nacional podem ser pagas em moeda estrangeira. Ainda, no art. 4º, § 2º, o MLC transferiu ao próprio investidor a obrigação de classificar a sua operação no mercado de câmbio. A despeito dessas inovações, a troca de moeda estrangeira por nacional permanece-se sujeita a rígido controle do Bacen, sendo obrigatória a intermediação de uma instituição autorizada a operar o câmbio no País.

⁹ NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não incidência do IOF sobre as operações de câmbio simbólico. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 179. São Paulo: Dialética, agosto de 2010.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Considerações sobre o campo de competência do IOF: instrumento para a atuação extrafiscal da União. *Revista de Direito Brasileiro* v. 30, n. 11, set./dez. 2021. Florianópolis: 2021.

¹¹ Cf. a Resolução Bacen n. 277/2022, que constitui o atual Regulamento do Mercado de Câmbio.

O controle sobre fluxos cambiais instrumentaliza a prevenção e o combate de atos ilícitos, e serve, sobretudo, à formulação e à execução da política monetária, com impacto nas taxas de câmbio, nas taxas de juros e no controle da inflação. Nesse quadro, a profusão de operações internacionais com *stablecoins*, em um ambiente que foge ao controle cambial, poderia resultar em uma situação de “cageira institucional”¹², comprometendo a atuação regulatória das autoridades monetárias¹³. A despeito disso, até o momento, não há norma cambial ou regulatória que trate do tema de forma específica, exigindo a formalização de operações de câmbio ou impondo alguma obrigação de declaração.

Como se sabe, a disciplina regulatória sobre o mercado de câmbio se manifesta no próprio IOF, cuja alíquota, desde que observado o limite máximo legal, pode ser alterada pelo Poder Executivo, sem necessidade de observância aos princípios da anterioridade e da legalidade. Essa flexibilidade de atuação normativa decorre da caracterização do IOF como um imposto regulatório (extrafiscal)¹⁴, cuja finalidade primária não é a arrecadação, mas a intervenção indireta na economia¹⁵. Nesse caminho, aliás, lembre-se que a responsabilidade pela arrecadação do IOF-Câmbio foi atribuída às instituições autorizadas a operar o câmbio (art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 8.894/1994), reconhecendo a lei que a atuação desses agentes é obrigatória nesse tipo de operação.

Porém, a hipótese de incidência do IOF não é *formal*, e a sua materialização não se vincula, necessariamente, ao cumprimento das exigências regulatórias. É dizer, a incidência do IOF não exige a formalização de um contrato de câmbio ou de qualquer formalidade jurídica.

Em contraposição ao *princípio documental* que caracterizava o imposto do selo, que o antecedeu, o IOF não foi concebido para incidir sobre um determina-

¹² PILATTI, Érico Rodrigues. A incidência de IOF-Câmbio sobre operações com criptoativos. In: GOMES, Eduardo de Paiva et al. (coord.). *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 1345.

¹³ Em 16 de novembro de 2017, o Bacen emitiu o Comunicado n. 31.379, com alerta sobre os riscos decorrentes de operações com criptoativos. Embora sem tratar especificamente das *stablecoins*, o Bacen ressaltou que as operações que implicassem transferência internacional de criptoativos não afastavam a “obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio”.

¹⁴ Segundo o art. 65 do CTN, o “Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas [...] a fim de ajustá-los aos objetivos da política monetária”. Uma disposição semelhante pode ser encontrada no art. 5º da Lei n. 8.894/1994, que remete aos objetivos das políticas “monetária, cambial e fiscal”.

¹⁵ A título ilustrativo, cite-se o Decreto n. 4.454/2011, que aumentou a alíquota do IOF-Câmbio incidente nas operações realizadas pelas administradoras de cartão de crédito sobre compras de clientes efetuadas no exterior, e o Decreto n. 8.175/2013, que aumentou a alíquota do IOF também para os cartões pré-pagos, utilizados como moeda estrangeira no exterior. As duas medidas visaram a preservar a balança comercial brasileira, em uma tentativa de reduzir o aumento do consumo no exterior.

do *instrumento contratual*, mas, sim, sobre os *efeitos jurídicos* que dele irradiiam. A incidência do IOF não exige a formalização de qualquer documento ou título, sendo bastante, para tanto, a verificação de uma *operação* de câmbio, na qual se contraponham a moeda nacional e uma moeda estrangeira. É dizer, mesmo que não haja a formalização de um contrato de câmbio, se houver a entrega, ou a colocação à disposição, de moeda ou de documento que a represente, terá ocorrido o fato gerador do imposto. No inverso, a exigência regulatória da formalização de um contrato de câmbio não é suficiente para a incidência do IOF, caso daí não seja possível extrair a ocorrência do fato gerador, tal qual definido pela lei tributária¹⁶.

A questão que se coloca, neste ponto, é a de se as operações com *stablecoins* referenciadas em moedas fiduciárias, realizadas sem a formalização de um contrato de câmbio e sem a intermediação de instituições autorizadas a operar o câmbio, poderiam ser correlacionadas à hipótese de incidência do imposto. Para além da delimitação do conceito da operação de câmbio enquanto fato gerador do IOF, a resposta a essa questão exige análise do conceito das *stablecoins* dentro do universo dos criptoativos, bem como a depuração do conceito de moeda, em suas vertentes funcional e jurídica. O ponto culminante da pesquisa reside na verificação da possibilidade da assimilação das *stablecoins* às moedas, com a delimitação das condições fáticas e jurídicas para que a sua circulação possa ser tomada como fato gerador do IOF-Câmbio.

4. Afinal, o que são *stablecoins*?

Em uma categoria mais ampla, o termo criptoativos é utilizado para designar os ativos digitais (financeiros ou não) que se valem de criptografia e da tecnologia de registro distribuído (*Distributed Ledger Technology* – “DLT”) para o registro de transações diretamente entre as partes (*peer-to-peer* ou P2P), sem a necessidade de um intermediário (e.g., uma instituição financeira) para administrar o sistema e evitar que um mesmo recurso seja gasto mais de uma vez (*double spending*)¹⁷.

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 38 e 53.

¹⁷ A Instrução Normativa RFB n. 1.888/2019, primeiro ato normativo brasileiro a dispor sobre criptoativos, define “criptoativo” como “a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal”. Uma definição parecida foi adotada na Resolução CVM n. 175/2022, que admitiu criptoativos como ativos que podem integrar o patrimônio líquido de um fundo de investimento financeiro. O instrumento definiu “criptoativo” como “ativo representado digitalmente”, que deve possuir, “no mínimo as seguintes característi-

Em geral, as características básicas de uma DLT são a descentralização da arquitetura de rede e a distribuição dos registro de dados, de forma que cada um dos computadores conectados à rede (*nodes* ou *ledger*) detenham o registro atualizado de todas as operações realizadas. A validação das transações ocorre por meio de um mecanismo de consenso (e.g., o *proof-of-work*, utilizado pelo protocolo Bitcoin, e, o *proof-of-stake*, da rede Ethereum), que exige a concordância da maioria dos *nodes* quanto à legitimidade dos dados a serem incluídos na rede. A *block-chain* é a espécie de DLT mais conhecida, na qual as informações são validadas e compiladas em blocos, constituindo um livro-razão distribuído. Mas há vários outros tipos de DLT, como a *hashgraf* e a *tangle*¹⁸.

Embora não haja uma classificação única e universal, pode-se segregar os criptoativos (gênero) de acordo com as suas funções (critério funcional), em quatro categorias básicas: (i) as criptomoedas ou tokens de pagamento, que desempenham funções análogas às das moedas fiduciárias, mas sem vinculação a órgãos estatais; (ii) os tokens de serviço ou de utilidade (*utility tokens*), que representam direitos de acesso a um produto ou serviço, os (iii) os *security tokens*, que têm características similares aos instrumentos de dívida ou de *equity*, e, (iv) os *tokens* referenciados em ativos (*asset-based tokens*), que representam um ou mais ativos, tangíveis ou intangíveis, resultantes de processo de *tokenização*. Também pode haver (v) tokens híbridos (*hybrid tokens*), visto que um mesmo token pode desempenhar diferentes funções, e que as categorias anteriores não são mutuamente excludentes¹⁹. Os *stablecoin*, em geral, são considerados criptoativos referenciados em ativos. Contudo, há propostas classificatórias que os excluem do gênero criptoativos, sob a premissa de que criptoativos não podem ter emissor identificado²⁰.

Tipicamente, a utilização de criptoativos como o Bitcoin para reserva de valor e meio de pagamento tem sido prejudicada por problemas de estabilidade e confiabilidade, ocasionados pela ausência de regulamentação, pela suscetibilidade a ataques cibernéticos, e, especialmente, pela volatilidade de preço.

cas: a) sua existência, integridade e titularidade são protegidas por criptografia; e b) suas transações são executadas e armazenadas utilizando tecnologia de registro distribuído”.

¹⁸ UHDRE, Dayana de Carvalho. *Blockchain, tokens e criptomoedas: análise jurídica*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 35.

¹⁹ Essa proposta classificatória é semelhante à proposta contida no Parecer de Orientação CVM n. 40, publicado no *DOU* de 14 de outubro de 2022, a qual, diferentemente, elencou os *security tokens* como uma subcategoria dentro dos *asset-based tokens*. Neste trabalho, optamos pela separação desses ativos em duas categorias distintas, tendo em vista a possibilidade da classificação dos *security tokens* como títulos ou valores mobiliários dentro do perímetro regulatório da CVM.

²⁰ Cf., e.g., a definição do grupo de trabalho de regulação de criptoativos do Banco Central Europeu, que exclui expressamente os *stablecoins* do conceito de “criptoativos”, sob a premissa de que os criptoativos não podem ter emissor identificado (ECB Crypto-Assets Task Force, 2019, pp. 14 e 21-22). Destaque-se, contudo, que nem toda a *stablecoin* possui emissor identificado. A DAI, por exemplo, funciona a partir de um protocolo, sem haver uma contraparte contra a qual os portadores do criptoativo tenham direito de oponibilidade.

Nesse contexto, os *stablecoins* buscam realizar a ideia de um criptoativo com valor estável, capaz de oferecer, também, as vantagens típicas dos criptoativos, como menores custos de transação, transparência, pseudoanonimato, e independência em relação ao sistema bancário²¹. A “estabilidade” de preço é sempre relativa, na medida em que ela significa vinculação ao preço do ativo de referência. A “paridade” (*peg*) pode ser assegurada por meio de mecanismos diversos, seja a manutenção de reservas do ativo-lastro em garantia (moedas fiduciárias, *commodities*, títulos do tesouro etc.), ou a utilização de um algoritmo que atua para estabilizar o preço por meio da manipulação da oferta do criptoativo (e.g., *debase/re-base*, *seignorage* e *empty set dollar*).

Em 2012, a ideia de um criptoativo com valor estável circulou em um *White-paper* de J. R. Willet, e, em 2014, Charles Hoskinson e Dan Larimer criaram a primeira *stablecoin*, BitUSD (baseada no BitShare Token). No mesmo ano, foi lançado um segundo projeto, a NuBits, baseada em algoritmo. Esses dois projetos iniciais falharam em manter a paridade²².

Atualmente, a *stablecoin* com maior presença de mercado é a USDT, emitida pela Tether, com uma capitalização total de aproximadamente 113,6 bilhões de dólares²³. O USDT busca paridade em relação ao dólar, na razão de um para um (1:1), mediante reservas de moeda fiduciária e de outros ativos de alta liquidez, como títulos do tesouro norte-americano. Declaradamente, para cada USDT em circulação, deveria haver um dólar depositado em garantia. Outra característica do USDT é o fluxo de conversibilidade bidirecional e a oponibilidade ao emissor, o que significa que os portadores de USDT, ao menos em tese, podem resgatar os seus criptoativos, convertendo-os em dólares, sujeito o resgate ao pagamento de fees e às condições previstas nos termos de uso²⁴. Outra *stablecoin* também referenciada ao dólar é a USDC, criada pela Circle Financial Ltd., com capitalização total de aproximadamente 33,7 bilhões de dólares, e características similares à USDT.

Além das *stablecoins* referenciadas em moedas fiduciárias (*fiat-collateralized*), há outras que são referenciadas a outros ativos, em especial *commodities* (*commodity-collateralized*), como o ouro (e.g., Digix Gold – “DGX”, da DigixDAO), uma

²¹ THE BOARD OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITY COMMISSIONS. Global Stablecoin Initiatives, Public Report, Março de 2020. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024, p. 3.

²² GUSEVA, Yuliya et al. On the coexistence of stablecoins and Central Bank Digital currencies, 20 de janeiro de 2024. *The Law and Contemporary Problems* v. 87, no. 2, 2024. University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper no. 2024/03. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4709282>. Acesso em: 25 jul. 2025, p. 20.

²³ Cf. informações do Coin Market Cap, Top Stablecoin Tokens by Market Capitalization, julho de 2024.

²⁴ THE TETHER. Thether: Fiat currencies on the Bitcoin blockchain (The Thether Whitepaper). Disponível em: <https://whitepaper.io/document/6/tether-whitepaper>. Acesso em: 17 jul. 2024.

empresa especializada na tokenização de ativos físicos, cf. EUFEMIO et al., 2016), ou em outros criptoativos (*crypto-collateralized*), conforme o exemplo da DAI, que mantém paridade com o dólar, mas cujas garantias são mantidas em outras criptomoedas, como o Ether (ETH). A DAI mantém a sua paridade por meio de um sistema de regulação *on-chain*, usando contratos inteligentes. Se o preço de DAI atinge menos de 1 dólar, há um incentivo econômico para que os portadores resgatem os ETH, diminuindo a oferta de DAI, o que aumenta o seu preço. O incentivo é inverso no caso de o DAI subir acima de 1 dólar, hipótese na qual a diminuição do preço acompanha o aumento na oferta do criptoativo. Por fim, há as *stablecoins* algorítmicas, cuja estabilidade não é baseada na manutenção de garantias em ativos, mas no uso de algoritmos e contatos inteligentes que regulam a oferta do criptoativo. Essas *stablecoins* têm a vantagem de não exigir a manutenção de reservas em excesso (*overcollateral*) para absorver as flutuações de preço e gerar confiança.

A paridade de preço torna as *stablecoins* mais atrativas do que outros criptoativos como meio de troca. Um uso muito comum das *stablecoins* como a USDT e a USDC decorre da possibilidade de manter disponibilidades de valor dentro do universo dos criptoativos, sem o efeito adverso da volatilidade típica desses ativo, inclusive em *exchanges* que não oferecem a possibilidade da manutenção de recursos em moeda fiduciária (*off-ramp*). Como a troca de um criptoativo por outro é mais simples, mais célere e barata do que a troca de moeda fiduciária por criptoativo, a manutenção de recursos em *stablecoins* é particularmente interessante para investidores que precisam atuar com rapidez no aproveitamento de oportunidades de arbitragem²⁵. Outro uso que tem sido observado é o creditamento de *stablecoins* como uma alternativa mais barata aos sistemas convencionais de transferência internacional envolvendo moedas fiduciárias, e.g. o sistema Swift, que exige o pagamento de *fees* em cada transação. A XRP, originada pela Ripple, visa precisamente constituir uma alternativa ao Swift, servindo de “ponte” para as trocas de moedas fiduciárias entre instituições financeiras. Outro criptoativo com categorias semelhantes à XRP é a XML, da Stellar, cujo público-alvo, contudo, são pessoas físicas e pequenos negócios, incluindo os que não dispõem de acesso à rede bancária tradicional²⁶. A popularidade dessas tecnologias tem motivado empresas que atuam em arranjos de pagamento convencionais como Visa, Mastercard e PayPal a impulsionarem seus próprios projetos para viabilizar transações com *stablecoins*²⁷.

²⁵ PARSONS, Shaun. Taxing crypt-asset transactions: foundations for a globally coordinated approach. *IBFD Doctoral Series* v. 66. Amsterdam: IBFD, 2023, cap. 4, p. 2 e 13.

²⁶ PARSONS, Shaun. Taxing crypt-asset transactions: foundations for a globally coordinated approach. *IBFD Doctoral Series* v. 66. Amsterdam: IBFD, 2023, cap. 4, p. 12.

²⁷ GUSEVA, Yuliya et al. On the coexistence of stablecoins and Central Bank Digital currencies. 20 de janeiro de 2024. *The Law and Contemporary Problems* v. 87, no. 2, 2024. University of Hong Kong

Ocasionalmente, as vantagens oferecidas pelas *stablecoins* relativamente às moedas fiduciárias permitem que elas sejam negociadas com um ágio em relação ao valor do ativo referenciado²⁸. Outro ponto que precisa ser enfatizado é que as *stablecoins* não são, necessariamente, “estáveis”. De fato, dada a ausência de regulamentação, há dúvidas quanto à fiabilidade das informações prestadas relativamente aos protocolos e à capacidade das entidades emissoras de manter garantias para sustentar a estabilidade dos criptoativos. A Tether, por exemplo, já foi alvo de questionamentos das autoridades em Nova York, o que levou à imposição de multas e a vários ajustes nas políticas de *disclosure* adotadas pela empresa.

Além disso, eventos de perda de paridade (*depegging*) têm contribuído para o questionamento da confiabilidade das *stablecoins*. Em maio de 2022, após movimentos especulativos ocasionados por uma crise de confiança, a UST, *stablecoin* pareada ao dólar cuja capitalização de mercado chegou a 60 bilhões de dólares, perdeu 99% do seu valor²⁹. Em março de 2023, durante a “corrida aos bancos” provocada pelo colapso do Silicon Valley Bank (“SVB”), a USDC e a DAI, duas das maiores *stablecoins* em valor de capitalização, também perderam a paridade com o dólar. Como grande parte das reservas do USDC era mantida no SVB, o valor do USDC chegou a cair para 87 centavos de dólar, retomando a paridade apenas depois que as autoridades americanas anunciaram planos para conter os efeitos sistêmicos do colapso bancário. A DAI, que tinha boa parte de suas reservas mantidas em USDC, também sofreu os impactos da crise. Em outubro de 2023, a USDR, uma *stablecoin* pareada ao dólar que usa uma combinação de direitos em imóveis tokenizados e de DAI como garantia, perdeu a paridade depois que um grande volume de pedidos de resgate drenou as reservas líquidas mantidas em garantia. Esses eventos evidenciam os riscos das *stablecoins*, decorrentes, em grande parte, da ausência de regulação sobre os mecanismos de paridade, de custódia e de gestão de reservas, além da falta de controle sobre as informações divulgadas ao mercado pelas entidades envolvidas.

Acresça-se a isso o fato de que nem todas as *stablecoins* garantem aos seus portadores um direito de resgate em valor correspondente, o que depende de previsão nos termos de serviço de cada projeto. Como concluiu Kara Bruce *et al.*, após um estudo dos termos de serviço e de relatórios de auditoria dos principais emissores de *stablecoins*, em geral, os portadores desses criptoativos possuem pouca garantia contratual ou legal de que os seus valores serão recebidos em um

Faculty of Law Research Paper no. 2024/03. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4709282>. Acesso em: 25 jul. 2025, p. 20.

²⁸ DE BLASIS, R; GALATI, L.; WEBB, A.; WEBB, R. I. Intelligent design: stablecoins (instability and collateral during market turbulence). *Economics and Statistics Discussion Paper* n. 088/22, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4217910>. Acesso em: 25 jul. 2024, p. 1.

²⁹ BRUCE, Kara; ODINET, Christopher K.; TOSATO, Andrea. The private law of stablecoins. *Arizona State Law Journal* v. 54, no. 4, 2022a. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4191646>. Acesso em: 28 jul. 2024, p. 7.

evento de perda de paridade³⁰. Em qualquer caso, o portador fica sujeito ao risco do emissor privado, devendo-se destacar, igualmente, a possibilidade de que as reservas dos ativos mantidas em garantia não sejam líquidas o suficiente para garantir a conversibilidade dos criptoativos apresentados para resgate.

5. Stablecoins, o conceito de moeda estrangeira e de documento que a represente e sua colocação à disposição do interessado

Em geral, o conceito de moeda é definido por referência às suas três funções básicas, quais sejam, (i) servir de meio de troca, geralmente aceito como forma de pagamento; (ii) servir de unidade de conta, por constituir um bem passível de comparação com os outros, em termos de valor financeiro; e, (iii) servir de reserva de valor, por ser capaz de preservar, no tempo, o seu poder de troca. Trata-se do conceito de moeda em seu sentido funcional ou econômico.

Já o conceito jurídico de moeda parte daquelas mesmas características e a elas agrega o “curso legal”, que decorre da assunção, pelos Estados nacionais, do monopólio da emissão da moeda, que praticamente extinguiu as moedas privadas, e repeliu a aceitação, como meio de pagamento, das moedas estrangeiras. Assim, no conceito jurídico de moeda, o atributo da “aceitação” generalizada ou universal desloca-se dos usos e costumes e passa residir no próprio poder soberano do Estado.

A moeda de curso legal dispõe de “poder liberatório”, isto é, o poder de extinguir obrigações pelo pagamento, inclusive com a possibilidade de acionar as instituições de Estado para a tutela dos seus efeitos. O pagamento com “moeda oficial”, portanto, dota o pagador de uma garantia legal relativamente à efetividade do pagamento. Ao “curso legal” se acresce o “curso forçado” enquanto atributo exclusivo da moeda oficial, decorrente da proibição do uso de outras moedas ou ativos financeiros para fins de pagamento de obrigações pecuniárias. No Brasil, o real tem curso legal em todo o território nacional, por força do art. 1º da Lei n. 9.069/1995, e o seu “curso forçado” é determinado pelo art. 1º da Lei n. 10.192/2001, que proíbe a estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional (art. 318 do Código Civil), à exceção das hipóteses discriminadas na legislação especial, destacadamente no art. 13 do MLC.

O criador do bitcoin, Satoshi Nakamoto, tinha o objetivo de emular as funções da moeda (i.e., meio de troca, reserva de valor e unidade de conta) em um sistema descentralizado e baseado em criptografia, a necessidade de intermediá-

³⁰ BRUCE, Kara; ODINET, Christopher K.; TOSATO, Andrea. The private law of stablecoins. *Arizona State Law Journal* v. 54, no. 4, 2022a. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4191646>. Acesso em: 28 jul. 2024, p. 33-35; BRUCE, Kara. Stablecoins in bankruptcy. *Bankruptcy Law Letter* v. 41, n. 10, out. 2022. Thomson Reuters, 2022b. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4507047>. Acesso em: 28 jul. 2024, p. 10.

rios³¹. A opinião prevalecente, contudo, é de que os criptoativos não atendem ao conceito funcional de moeda. A grande volatilidade, exacerbada pela ausência de regulamentação e pela suscetibilidade a fraudes, qualifica os criptoativos um meio ineficiente para reserva de valor, e os torna mais atrativos como instrumento de especulação do que de pagamento. A volatilidade também prejudica a capacidade dos criptoativos de oferecer uma unidade de valor intuitiva confiável. Normalmente, o valor de um criptoativo é determinado por referência ao valor de uma moeda fiduciária, o que prejudica a afirmação do seu valor intrínseco intuitivo. Some-se a isso a ausência de um consenso social a respeito de sua aceitabilidade como meio de troca, tudo a afastar os criptoativos do conceito de moeda em sentido econômico³².

Sabe-se que essa opinião não é uníssona. Melissa Castello³³, por exemplo defende que as “moedas virtuais” devem ser classificados como moeda para fins de tributação no Brasil. Embora sem negar a distinção entre a “moeda legal”, dotada de curso legal, e a “moeda” em sentido mais amplo, a autora privilegia a definição de moeda enquanto fenômeno social, atribuindo o seu valor não a uma emanção da autoridade estatal, mas à confiança nela depositada por uma dada comunidade de usuários. Nesse sentido, a autora defende que seria factível classificar o bitcoin como moeda, em razão da função de meio de troca assumido por esse criptoativo entre os integrantes de determinada comunidade que lhe atribui valor. As moedas virtuais como o bitcoin seriam, pois, “moedas paralelas”, assemelhadas às moedas estrangeiras. A autoria ainda entende que, à falta de uma definição denotativa expressa na legislação, não haveria impedimento no ordenamento brasileiro à qualificação das moedas virtuais sob o conceito de “moeda estrangeira” – objeto do mercado de câmbio, independentemente da existência de curso legal em outra jurisdição.

Da experiência estrangeira, cabe mencionar o julgado da Corte Europeia de Justiça no caso *Skatteverket v. David Hadqvist*, segundo o qual a isenção de IVA relativa ao preço do serviço de câmbio de “divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório” (art. 135, 1, e, da Diretiva IVA) seria aplicável a uma troca coroas suecas por bitcoins. A Corte entendeu que as criptomoedas, embora não dispusessem de curso legal, teriam função análoga à dos meios de pagamento³⁴. Esse raciocínio analógico buscou privilegiar a neutralidade na tributação do consumo,

³¹ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer eletronic cash system*, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024, p. 1.

³² PARSONS, Shaun. *Taxing crypt-asset transactions: foundations for a globally coordinated approach*. *IBFD Doctoral Series* v. 66. Amsterdam: IBFD, 2023, cap. 3, p. 11-13.

³³ CASTELLO, Melissa Guimaraes. Bitcoin é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário. *Revista Direito GV* v. 15, n. 3, 2010. São Paulo: FGV, 2019, p. 7-9.

³⁴ CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. C-264/14, *Skatteverket v. David Hedqvist*, ECLI:EU:C:2015:718, 22 de outubro de 2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/14>. Acesso em: 16 jul. 2024.

com base na premissa de que uma troca de moeda fiduciária por uma criptomoeda seria equivalente a uma operação de câmbio.

Sem prejuízo disso, ainda que haja discussão quanto à sua inclusão no conceito econômico, parece certo que as *stablecoins* não podem ser assimiladas ao conceito jurídico de moeda, na medida em que esse conceito exige o curso legal como propriedade essencial³⁵. O próprio Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) já adotou esse entendimento (CC n. 161.123/SP, nov. 2018), ao pronunciar-se sobre a ocorrência de crimes contra o sistema financeiro nacional supostamente praticados por empresa de intermediação de criptomoedas.

A RFB, igualmente, não reconhece aos criptoativos a condição de moeda para fins tributários. No art. 5º, inciso I, da Instrução Normativa RFB n. 1.888/2019, a RFB definiu criptoativo como “a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira [...], que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso de serviços, e que não constitui moeda de curso legal”. A definição, que abrange as *stablecoins*, é expressa ao separar os conceitos de criptoativos e de moedas de curso legal. No Perguntas e Respostas do IRPF/2024 (item 460)³⁶, RFB também afirma, sem exceção, que “os criptoativos não são considerados moeda de curso legal nos termos do marco regulatório atual”, devendo ser declarados pelo valor de aquisição na ficha de bens e direitos.

Contudo, para fins de incidência do IOF, a questão relevante não se limita ao conceito de moeda nacional, exigindo considerar, também, a figura da “moeda estrangeira”. Esse conceito, embora não enunciado de forma expressa, pode também ser extraído da legislação cambial, sem possibilidade, atualmente, de incluir os criptoativos. Conforme esclarece Daniel de Paiva Gomes, no Brasil, o mercado de câmbio sujeita-se à regulação do Bacen, cabendo ao Bacen, igualmente, o reconhecimento de determinado ativo como uma “moeda estrangeira”. Segundo o autor, o conceito de moeda estrangeira abrange as moedas (i) emitidas por governos soberanos, (ii) que tenham sido reconhecidas pelo Bacen, mediante inclusão em lista específica de moedas estrangeiras, e, (iii) cuja aquisição ocorra, obrigatoriamente, mediante contratos de câmbio, com todas as formalidades ine-

³⁵ Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI. *Revista de Direito Tributário Atual* v. 44. São Paulo: IBDT, 2020, p. 496; BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Criptomoedas – discussão sobre a aquisição de disponibilidade da renda na mineração e permuta de criptoativos. In: BARRETO, Paulo Ayres. *Estudos tributários sobre a economia digital*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 289-90.

³⁶ Até a versão de 2022, a RFB enquadrava os criptoativos como “ativos financeiros”, exigindo a sua declaração como “outros bens”. A partir de 2022, a redação não repetiu tal classificação, tendo preferido afirmar que os criptoativos “podem ser equiparados a ativos sujeitos a ganho de capital [...]”.

rentes a esse tipo contratual³⁷. As *stablecoins*, pois, tanto quanto qualquer criptoativo, não poderiam ser tomadas como “moeda estrangeira”, salvo o reconhecimento como tal pelas autoridades monetárias do País.

Nesse sentido, cabe mencionar a Instrução Normativa RFB n. 2.180/2024, que regulamentou o regime de tributação de investimentos de pessoas físicas no exterior, classificando os “ativos virtuais” custodiados ou negociados por instituições localizados no exterior como “aplicações financeiras no exterior” (cf., RFB, 2024, itens 18 e 19), sujeitas a regras de tributação diferentes das que se aplicam à moeda estrangeira mantida em espécie e aos depósitos de moeda estrangeira não remunerados no exterior.

Em regra, portanto, a incidência do IOF-Câmbio na compra e venda de *stablecoin* não tem fundamento jurídico, ainda que as *stablecoins* atuem como verdadeiros *tokens* de moedas estrangeiras. Por definição, qualquer bem ou direito com valor monetário pode ser mensurado em uma determinada quantidade de unidades monetárias, independentemente da existência de um mecanismo tecnológico ou de mercado que busque preservar certa correspondência entre o valor do ativo e o valor de uma moeda fiduciária. Certas *commodities*, aliás, têm o seu valor monetário atrelado ao valor de cotação da mercadoria divulgada em dólares em uma bolsa estrangeira. E, nem por isso, pretende-se atribuir às operações com essas *commodities* a qualificação de “operação de câmbio” para fins de incidência do IOF.

Assim, mesmo quando dotadas de fluxo de conversibilidade bidirecional e interoperacionalidade plena com o “mundo real”, podendo ser convertidas em moeda fiduciária e utilizadas como meio de troca para a aquisição de bens e serviços reais ou virtuais³⁸, as *stablecoins* não podem ser caracterizadas como moeda. Elas tampouco podem ser tomadas como representações virtuais inequívocas do valor da moeda fiduciária de referência, já se tendo exemplificado a fragilidade dos mecanismos tecnológicos que buscam estabilizar o valor do criptoativo.

Com efeito, não parece haver dúvida de que as operações com *stablecoins* não constituem operações de câmbio para fins de IOF, eis que os criptoativos não se qualificam como moeda nacional ou estrangeira, tampouco como documento que a represente.

A expressão “documento”, inscrita no inciso II do art. 63 do CTN, tem sido entendida como sinônimo de título de crédito representativo de moeda (e.g., as letras de câmbio) nas operações de câmbio trajectício, sem amplitude semântica para alcançar as operações com criptoativos que possuem unidade de medida própria, ainda que tais ativos possam ser utilizados como meio de troca no mundo real, ou, adquiridos ou convertidos em moeda fiduciária. Acresça-se a isso o

³⁷ GOMES, 2022, p. 184.

³⁸ GOMES, 2022, p. 51-59 e 187.

argumento de que os *documentos*, ao menos na definição doutrinária, constituem registros materiais de fatos jurídicos, aí não se incluindo os criptoativos enquanto ativos digitais desprovidos de substância material³⁹.

Distinga-se, de passagem, as “moedas eletrônicas”, emitidas pelas autoridades monetárias (Central Bank Digital Currency – “CBDC”), e que nada mais são do que próprias moedas fiduciárias tokenizadas (criptoativos soberanos). Essas moedas têm regime jurídico próprio, e viabilizam o acesso a contratos inteligentes em DLT, mas sem exposição aos riscos regulatórios e operacionais dos criptoativos privados. Mencione-se, no Brasil, o Drex, moeda eletrônica a ser criada e operada pelo Bacen, com idêntico valor e a mesma aceitação do real, mas com circulação em DLT, tendo os agentes do sistema financeiro (bancos, cooperativas ou fintechs) como intermediários autorizados. Segundo entendemos, as trocas de Drex por moeda estrangeira (incluindo outras CBDC), ou documento que a represente, e vice-versa, poderão ser tomadas como operações de câmbio sujeitas ao IOF, nos termos do inciso II do art. 63 do CTN, independentemente de qualquer alteração legislativa.

As *stablecoins*, tal qual outros criptoativos, não se confundem com as moedas eletrônicas⁴⁰. Ainda que o seu preço seja referenciado ao valor de uma moeda fiduciária, as *stablecoins* não dispõem de curso forçado e legal e não atendem aos requisitos do conceito de moeda, encontrando-se sujeitas aos riscos operacionais, jurídicos e de mercado presentes em qualquer criptoativo⁴¹. Além disso, no mercado secundário, o valor das *stablecoins* pode se desviar do valor da moeda fiduciária de referência. Dessarte, uma tentativa de qualificar as *stablecoin* como uma moeda fiduciária implicaria violação ao princípio da singularidade (*singleness of money*), pilar dos sistemas monetários, de acordo com o qual todos os *formatos* de

³⁹ PINTO, Alexandre Evaristo; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Consequências fiscais das operações transacionais com criptoativos e a evasão de divisas à luz do câmbio irregular: uma contraposição do posicionamento do Banco Central do Brasil e da Receita Federal. In: GOMES, Eduardo de Paiva et al. (coord.). *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 1237.

⁴⁰ Cite-se, contudo, a existência do Projeto de Lei n. 2.303/2015, que tramita em comissão especial da Câmara dos Deputados, e que pretende alterar a Lei n. 12.865/2013, para submeter as operações com moedas virtuais à regulamentação do Bacen, tratando-as como uma espécie do gênero moeda eletrônica.

⁴¹ A diferença entre uma *stablecoin* e uma CBDC já foi declarada pelo Bacen, no Guia Perguntas e Respostas do Drex: “A principal diferença é que uma CBDC é a expressão digital da moeda soberana de cada país, enquanto as *stablecoins* são de emissão privada e, em geral, não dispõem de regulação. Nos países onde já há regulação aplicável essa é em geral adaptada e, portanto, precária.” Nesse mesmo sentido, cf. o Comunicado BCB n. 25.306/2014, que esclareceu que as “moedas virtuais” não se confundem com a “moeda eletrônica” de que trata a Lei n. 12.865/2013, e; o Comunicado Bacen n. 31.379/2017, que tratou dos riscos decorrentes das operações de guarda e negociação das denominadas “moedas virtuais”.

moeda (eletrônica, escritural, em espécie) devem ter o mesmo valor⁴². Por essa mesma razão, as *stablecoins* não podem ser tomadas como documentos representativos de moeda, ou disponibilidade de montante que lhe seja equivalente.

Resta dizer que, independentemente da controvérsia quanto à possibilidade da tributação do chamado *câmbio escritural*, as transações com *stablecoins* referenciados em moedas fiduciárias tampouco poderiam ser tributadas como forma de *disponibilização* de moeda nacional ou estrangeira. Com efeito, a atribuição desse tratamento às transações com *stablecoins* exigiria previsão em norma expressa, com a definição das correspondentes formalidades, tal qual ocorria com os casos de câmbio simultâneo previstos na legislação anterior à vigência do MLC – o que não existe, até o momento, para os *stablecoins* ou qualquer criptoativo. Vale enfatizar que, embora o fato gerador do IOF não seja *formal*, não há efetivação de operação de câmbio sem a contraposição de moeda estrangeira e nacional, ou, no limiar, sem uma *ficção* que, prevista expressamente na legislação regulatória, atribua essa qualificação para um determinado ato ou negócio jurídico.

6. *Stablecoins* e operações de câmbio dissimuladas

Sem prejuízo do exposto, não é desarrazoadamente imaginar, em um contexto de desregulamentação, a hipótese da utilização das transações com *stablecoins* como alternativa às operações de câmbio, em transações dissimuladas para fugir aos controles governamentais e à cobrança do IOF-Câmbio. Seria o caso em que um investidor residente comprasse uma *stablecoin* em reais e a vendesse a um investidor não residente em dólares, recebendo os recursos em uma conta no exterior, ou o inverso. Outro exemplo seria um caso em que uma obrigação denominada em dólares fosse liquidada por meio do creditamento, por um residente, de *stablecoins* referenciados à moeda estrangeira (e.g., USDT), para imediata conversão em moeda estrangeira pelo beneficiário no exterior, em uma operação realizada à margem da infraestrutura de pagamentos administrada pelo Bacen.

Convém lembrar que operações análogas com outros instrumentos já foram objeto de questionamento pelo Fisco no País. Cite-se, a esse respeito, as operações de *Blue Chip Swaps* (“BCS”), muito utilizadas no Brasil e na Argentina na época em que a legislação cambial restringia o ingresso de capitais estrangeiros e a saída de capital nacional para o exterior. Em uma operação de BCS, um investidor brasileiro poderia, ao invés de celebrar um contrato de câmbio, adquirir T-Bills (*Treasury Bills*) em moeda nacional no mercado secundário, e em seguida, vender o ativo em moeda estrangeira no exterior, mantendo os recursos fora do País. O

⁴² SHIN, Hyun Song; GARATTI, Rodney. Stablecoin versus tokenized deposits: implications for the singleness of money. *BIS Bulletin* n. 73, abril de 2023. Bank for International Settlements, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4430692>. Acesso em: 5 ago. 2024.

efeito seria justamente a troca de moeda nacional por estrangeira, sem a necessidade da celebração de um contrato de câmbio ou a participação de uma instituição autorizada a operar o câmbio, com vantagens para o investidor, como a eliminação de taxas bancárias e a possibilidade de elisão do IOF-Câmbio.

Em um caso análogo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) manteve a exigência de IOF-Câmbio lançado pelo Fisco, sob os argumentos de que (i) os T-Bills seriam um documento representativo de moeda estrangeira, (ii) as operações com T-Bills sujeitavam-se ao controle do Bacen, e (iii) as operações de BCS caracterizavam operações cambiais ilegítimas, de acordo com os arts. 1º e 2º do Decreto n. 23.258/1993 (Acórdão n. 3401-004.536, de 20 de março de 2018 – Caso Parmalat). No auto de infração, mantido pelo CARF, o IOF foi calculado à alíquota máxima de 25%, sob o argumento de que o benefício de redução de alíquota previsto na alínea *e* do § 2º do art. 14 do Decreto n. 2.219/1997, vigente à época dos fatos, não se aplicaria às operações de câmbio irregular. A exigência foi acrescida de multa qualificada de 150%, sob a acusação de simulação, na forma do inciso II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996, com a redação vigente à época.

De acordo com o art. 1º do Decreto n. 23.258/1993, mencionado pelo acórdão, eram consideradas “operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades no exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio”. Ao definir as operações de câmbio ilegítimas, cominando as respectivas penalidades, esse dispositivo constituía um dos instrumentos de execução da política pública seletiva das operações de câmbio, que vedava a compensação privada de créditos internacionais. Essa política estava materializada, também, na norma cambial que proibia a estipulação de pagamento, em moeda estrangeira, de obrigações exequíveis em território nacional (art. 1º do Decreto-lei n. 857/1969). Observe-se que, com o advento do MLC, que autorizou a compensação privada nas hipóteses regulamentadas pelo Bacen (art. 12), esses dispositivos foram revogados, com eficácia a partir de 29 de dezembro de 2023 (art. 28, incisos IXV e XXXIV, e art. 29 do MLC).

Independentemente disso, como o real ainda é a moeda de curso forçado no País, não se pode descartar a possibilidade de que as operações internacionais com *stablecoins* sejam consideradas operações de câmbio dissimuladas, assim realizadas a fim burlar o controle cambial e escapar à tributação pelo IOF-Câmbio.

É importante destacar, de todo modo, que o creditamento de uma *stablecoin* em uma operação internacional, por si só, não é suficiente para a incidência do IOF, visto que as *stablecoins* não se confundem com moeda estrangeira, e tampouco com documento representativo de moeda estrangeira. Logo, a utilização dessas transações como substituição das operações de câmbio precisaria ser efetivamente demonstrada pelo Fisco, com base nos fatos e circunstâncias do caso. O Fisco

precisaria provar, por exemplo, que entre a aquisição e a venda de uma *stablecoin*, teria havido curta diferença de tempo, e que a intenção do investidor ao vender o criptoativo teria sido, precisamente, obter liquidez em moeda estrangeira, com burla às normas cambiais e tributárias. Enfatize-se, ainda, que a possibilidade da dissimulação de uma operação de câmbio não é uma exclusividade das transações internacionais com *stablecoins*, podendo ocorrer também em trocas de outros criptoativos. Assim, a ocorrência de simulação não pode ser presumida com base, apenas, nas características do criptoativo envolvido na transação.

De passagem, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (“STF”), no julgamento da ADI n. 2.446, que reconheceu a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, delineou certos limites à atuação das autoridades fiscais, entre eles, a impossibilidade da desconsideração de negócios jurídicos válidos e não simulados, e, inexistência de autorização para a utilização da analogia, ou de “interpretação econômica” para a exigência de tributos (cf. ADI n. 2.466, voto da Rel. Min. Carmen Lúcia). Essas anotações são importantes por reafirmar que as transações internacionais com *stablecoins* somente podem ser desconsideradas pelas autoridades fiscais caso tenham o objetivo de dissimular o fato gerador, e que o vício do negócio jurídico seja efetivamente demonstrado pelo Fisco.

7. Conclusões

As *stablecoins*, ainda quando passíveis de resgate em moeda fiduciária, não atendem aos requisitos do conceito de moeda para fins de incidência do IOF. Ainda que possa haver dúvidas quanto à sua classificação como moeda sob o conceito econômico (unidade de medida, reserva de valor, meio de troca), é certo que, moeda nacional, para fins legais, é apenas a moeda de curso legal. As *stablecoins*, atualmente, também não podem ser consideradas como moeda estrangeira, visto que essa possibilidade dependeria de reconhecimento pela autoridade monetária.

A conveniência do reconhecimento dos *stablecoins* como moeda fiduciária seria altamente discutível. As *stablecoins* são diferentes das moedas eletrônicas e sujeitam-se aos mesmos riscos regulatórios e operacionais de qualquer criptoativo. Elas possuem propriedades diferentes das moedas fiduciárias e, por isso, podem circular com valor diferente do ativo de referência. Além disso, elas estão sujeitas a eventos de perda de paridade, como um produto da fragilidade dos mecanismos tecnológicos e de mercado criados para a manutenção de sua estabilidade.

Por essas razões, as *stablecoins* não podem, igualmente, ser consideradas documentos representativos de moeda. A conversibilidade das *stablecoins* depende dos termos de uso do projeto, da liquidez e da suficiência das reservas mantidas pelo emissor, e das condições de mercado.

O creditamento de *stablecoins* tampouco implica disponibilidade de moeda, nacional ou estrangeira. Ainda que se ignore a controvérsia quanto à possibilida-

de da incidência de IOF nas operações de “câmbio escritural”, a inclusão das operações com *stablecoins* como uma espécie de câmbio ficto (no qual não há efectiva contraposição de moeda nacional e estrangeira) exigiria disposição expressa nesse sentido da legislação regulatória, tal qual ocorria com as operações simultâneas de câmbio na legislação anterior ao MCL.

A toda evidência, o creditamento internacional de *stablecoins* referenciadas em moeda estrangeira não pode ser tomado como uma operação de câmbio sujeita ao IOF-Câmbio. A exceção reside nas hipóteses de simulação, cuja caracterização exige prova robusta da utilização dos *stablecoins* para burla do controle cambial e evasão da obrigação tributária.

8. Referências

- BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 491.
- BOITEUX, Fernando Neto. A incidência do IOF sobre as operações de “câmbio simbólico”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 164. São Paulo: Dialética, maio de 2009, p. 43-52.
- BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Criptomoedas – discussão sobre a aquisição de disponibilidade da renda na mineração e permuta de criptoativos. In: BARRETO, Paulo Ayres. *Estudos tributários sobre a economia digital*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 281-308.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado n. 31.379, de 16 novembro de 2017. Brasília, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 24 jul. 2024.
- BRASIL. Perguntas e Respostas – Drex – Real Digital. Brasília, s/d. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/real_digital_faq. Acesso em: 16 jul. 2024.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022. Brasília, 14 nov. 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>. Acesso em: 16 jul. 2024.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. Perguntas e Respostas: Tributação da Renda auferida por pessoas físicas no exterior em aplicações financeiras, empresas offshore e trusts. Versão após Instrução Normativa RFB n. 2.180, de 11 de março de 2024. 29 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril/ministerio-da-fazenda-divulga-versao-atualizada-de-perguntas-e-respostas-sobre-tributacao-offshore>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- BRUCE, Kara; ODINET, Christopher K.; TOSATO, Andrea. The private law of stablecoins. *Arizona State Law Journal* v. 54, no. 4, 2022a. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4191646>. Acesso em: 28 jul. 2024.

- BRUCE, Kara. Stablecoins in bankruptcy. *Bankruptcy Law Letter* v. 41, n. 10, out. 2022. Thomson Reuters, 2022b. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4507047>. Acesso em: 28 jul. 2024.
- CASTELLO, Melissa Guimaraes. Bitcoin é moeda? Classificação das criptomoedas para o direito tributário. *Revista Direito GV* v. 15, n. 3, 2010. São Paulo: FGV, 2019.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. C-264/14, Skatteverket v. David Hedqvist, ECLI:EU:C:2015:718, 22 de outubro de 2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/14>. Acesso em: 16 jul. 2024.
- COIN MARKET CAP. Top stablecoin tokens by market capitalization. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/view/stablecoin/>. Acesso em: 17 jul. 2024.
- DE BLASIS, R; GALATI, L.; WEBB, A.; WEBB, R. I. Intelligent design: stablecoins (instability and collateral during market turbulence). *Economics and Statistics Discussion Paper* n. 088/22, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4217910>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- ECB CRYPTO-ASSETS TASK FORCE. Crypto-assets: implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures. *Occasional Paper Series* n. 23, 2019. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.
- EUFEMIO, Anthony C. et al. Digix's whitepaper: the gold standard in crypto-assets. Jan. 2016. Disponível em: <https://whitepaper.io/document/746/digix-gold-whitepaper>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas. Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e stablecoins: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil. GOMES, Eduardo de Paiva et al. (coord.). *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 492-497.
- GUSEVA, Yuliya et al. On the coexistence of stablecoins and Central Bank Digital currencies, 20 de janeiro de 2024. *The Law and Contemporary Problems* v. 87, no. 2, 2024. *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper* no. 2024/03. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4709282>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – direito das obrigações. Compra e venda*. Tomo XXXIX, 3. ed. São Paulo: RT, 1984.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários – conceitos fundamentais. In: SAN-

- TI, Eurico Marcos Diniz de et al. (coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não incidência do IOF sobre as operações de câmbio simbólico. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 179. São Paulo: Dialética, agosto de 2010, p. 145-160.
- PARSONS, Shaun. Taxing crypt-asset transactions: foundations for a globally coordinated approach. *IBFD Doctoral Series* v. 66. Amsterdam: IBFD, 2023.
- PILATTI, Érico Rodrigues. A incidência de IOF-Câmbio sobre operações com criptoativos. In: GOMES, Eduardo de Paiva et al. (coord.). *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 1337-1356.
- PINTO, Alexandre Evaristo; SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Consequências fiscais das operações transacionais om criptoativos e a evasão de divisas à luz do câmbio irregular: uma contraposição do posicionamento do Banco Central do Brasil e da Receita Federal. In: GOMES, Eduardo de Paiva et al. (coord.). *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 1223-1241.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Considerações sobre o campo de competência do IOF: instrumento para a atuação extrafiscal da União. *Revista de Direito Brasileiro* v. 30, n. 11, set./dez. 2021. Florianópolis: 2021, p. 265-281.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- SHIN, Hyun Song; GARATT, Rodney. Stablecoin versus tokenized deposits: implications for the singleness of money. *BIS Bulletin* n. 73, abril de 2023. Bank for International Settlements, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4430692>. Acesso em: 5 ago. 2024.
- THE BOARD OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITY COMMISSIONS. Global Stablecoin Initiatives, Public Report, março de 2020. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.
- THETHER. Thether: Fiat currencies on the Bitcoin blockchain (The Thether Whitepaper). Disponível em: <https://whitepaper.io/document/6/tether-whitepaper>. Acesso em: 17 jul. 2024.

TÔRRES, Heleno Taveira. IOF nas operações com títulos públicos e a vedação da analogia com operações de câmbio: o caso dos T-Bills. *Direito tributário e o mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2009.

UHDRE, Dayana de Carvalho. *Blockchain, tokens e criptomoedas*: análise jurídica. São Paulo: Almedina, 2021.

ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI. *Revista de Direito Tributário Atual* v. 44. São Paulo: IBDT, 2020, p. 491-510.

O IOF-Câmbio e as Operações de Criptocabo

Tax on Foreign Exchange Operations and Illegal Wire Transfers with Stablecoins

Nathalia de Bem Ferron

Especialista em Direito Tributário Brasileiro e pós-graduanda em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo. E-mail: nathaliaferron@alumni.usp.br.

Recebido em: 26-6-2025 – Aprovado em: 6-8-2025

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.11.2025.2803>

Resumo

O presente artigo tem como objetivo examinar analiticamente, sob a perspectiva jurídico-dogmática, a possibilidade de incidência do IOF-Câmbio sobre as operações de criptocabo envolvendo *stablecoins* lastreadas em moeda estrangeira, em face da legislação vigente no país. Esse estudo envolve duas análises paralelas: (i) se a operação de criptocabo constitui operação de câmbio; e (ii) se o conceito de *stablecoin* se amoldaria à definição de “moeda” ou “documento que a representa”, de forma a verificar se tal operação preenche a hipótese tributária do IOF-Câmbio. Uma vez constatado que as operações de câmbio constituem “situação de fato”, nos termos dos incisos I dos arts. 116 e 118 do CTN, bem como que, embora não constituam moeda nacional ou estrangeira, as *stablecoins* podem ser entendidas como “documento que as representa”, concluir-se-á que o criptocabo, ao ser realizado por meio de *stablecoin*, preenche a hipótese tributária do IOF-Câmbio.

Palavras-chave: IOF, operação de câmbio, criptocabo, *stablecoins*.

Abstract

The objective of this article is to provide an analytical examination, from a legal-dogmatic perspective, on the possibility of the Tax on Foreign Exchange Operations be levied on illegal wire transfers involving stablecoins backed by foreign currency, given the legislation in force in Brazil. This study involves two parallel analyses: (i) whether illegal wire transfers involving stablecoins constitute a foreign exchange transaction; and (ii) whether the concept of stablecoins fits the definition of “currency” or “document that represents it”, to verify whether this transaction triggers the tax event of the Tax on Foreign Exchange Operations. Once verified that foreign exchange transactions constitute a “*de facto* situation”, under the terms of items I of articles 116 and 118 of the CTN, as well as that stablecoins can be understood as a document that represents currency, although they do not constitute legal tender or foreign currency, this article concludes that illegal wire transfers, when

involving stablecoins, specifically, are taxable by the Tax on Foreign Exchange Operations.

Keywords: IOF, currency exchange, illegal wire transfer, stablecoins.

Introdução

A criação da *internet* na década de 1990 inaugurou uma nova fase no desenvolvimento da sociedade. Sua aptidão ferramental (*i.e.*, no sentido de serviço posto a favor das pessoas com o intuito de facilitar a resolução de problemas) e transformadora representou uma verdadeira revolução cultural, tecnológica e informatacional¹, alterando substancialmente a forma como os seres humanos se relacionam entre si e interagem com o ambiente que os cerca. Mas não só; o próprio papel do usuário frente a essa nova tecnologia foi se alterando ao longo do tempo.

A evolução da *internet* costuma ser dividida em três fases: (*i*) a *Web 1.0*, do usuário-espectador, em que diversos conteúdos eram disponibilizados para consulta, mas sem a possibilidade de edição pelo leitor²; (*ii*) a *Web 2.0*, do usuário-colaborador, caracterizada pela interatividade, com a criação dos *blogs* e das redes sociais³; e (*iii*) a *Web 3.0*, do usuário-proprietário, em resposta à concentração de informações nas mãos dos gigantes da *internet* (como Google, Microsoft e Facebook). Seus motes são: a descentralização, a privacidade e a propriedade dos dados pelos próprios usuários⁴. É nesse contexto que surgem os criptoativos e a *blockchain*.

Uma revolução dessa magnitude não deixaria o campo econômico e financeiro de fora. E foi justamente com o intuito de fugir ao controle das instituições financeiras que, em 2008, o *bitcoin* foi apresentado⁵. A partir de então, os meios utilizados para realizar transações comerciais passaram por rápidas mudanças, impulsionadas pelo surgimento de diversos ativos virtuais baseados em criptografia, em uma verdadeira reforma dos meios de pagamento.

Ocorre que tais mudanças não estão sendo acompanhadas pelas agências reguladoras com a celeridade que o tema exige. Não obstante a tributação dos

¹ QUÉAU, Philippe. A revolução da informação: em busca do bem comum. *Ciência da informação* v. 27, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/ggsJx87QjT4wsddJtfDGvgn>. Acesso em: 28 jul. 2024.

² MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de; LIMA, José Valdeni; FRANCO, Sérgio Roberto K. *Conceitos sobre internet e web*. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 62. Disponível em: https://www.ufrgs.br/sead/wp-content/uploads/2021/10/Conceitos_Internet_e_Web.pdf. Acesso em: 28 jul. 2024.

³ MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de; LIMA, José Valdeni; FRANCO, Sérgio Roberto K. *Conceitos sobre internet e web*. Porto Alegre: UFRGS, 2012, p. 63-66. Disponível em: https://www.ufrgs.br/sead/wp-content/uploads/2021/10/Conceitos_Internet_e_Web.pdf. Acesso em: 28 jul. 2024.

⁴ Web 3.0: entenda como está acontecendo a revolução da terceira onda da internet. *Exame*, 1 ago. 2023. Disponível em: <https://exame.com/bussola/web-3-0-entenda-como-esta-acontecendo-a-revolucao-da-terceira-onda-da-internet>. Acesso em: 28 jul. 2024.

⁵ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Artigo publicado no site *Bitcoin.org*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024.

rendimentos obtidos por meio de criptoativos já seja uma realidade⁶, ainda há pouco sobre o assunto definido pela legislação⁷, principalmente no que tange à sua regulamentação pelo Banco Central do Brasil (BCB)⁸.

Essa situação não só gera insegurança jurídica por parte dos investidores, como também acaba por incentivar o uso criativo das criptomoedas. É o caso, por exemplo, do uso de *stablecoins* para evadir divisas e/ou se furtar à tributação do câmbio⁹. Em resposta a esse movimento, o BCB passou a realizar consultas públicas sobre o tema dos criptoativos, dando, portanto, um primeiro passo em direção à regulamentação. A primeira consulta foi realizada entre os meses de dezembro de 2023 e janeiro de 2024¹⁰. Ainda, apesar da ciência do trâmite do Projeto de Lei (PL) n. 4.308/2024, que procura disciplinar as *stablecoins* no Brasil, ele não será objeto de análise no presente trabalho.

Diante desse contexto e da necessidade de se manter o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, de proteger as reservas cambiais brasileiras e de garantir a higidez de seu controle¹¹, faz-se necessário o estudo das operações de criptocabo a partir de um viés tributário.

Nesse sentido, o presente artigo visa a examinar, a partir de uma análise jurídico-dogmática, a possibilidade de incidência do IOF-Câmbio sobre operações de criptocabo envolvendo *stablecoins* lastreadas em moeda estrangeira, à luz do ordenamento jurídico tributário brasileiro.

Destaca-se que, recentemente, foi noticiada a movimentação do BCB no sentido de discutir com representantes do setor de criptoativos a viabilidade de se exigir uma licença de câmbio para empresas que operam com *stablecoins*, tendo tal órgão reconhecido que, para além do uso como reserva de valor e objeto de especulação, elas também são manejadas como meio de remeter valores ao exterior¹².

⁶ Ver: (i) art. 3º, inciso II e § 2º, da Lei n. 14.754, de 12 de dezembro de 2023; (ii) art. 22 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995; e (iii) Solução de Consulta Cosit n. 214, de 20 de dezembro de 2021.

⁷ Ver: (i) Lei n. 14.478, de 21 de dezembro de 2022; e (ii) arts. 3º e 44 da Lei n. 14.754, de 12 de dezembro 2023.

⁸ Ver: Decreto n. 11.563, de 13 de junho de 2023.

⁹ Nesse sentido, confira-se: <https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/criptoativo-usado-como-dolar-levanta-suspeitas-do-mercado-e-da-pf/#:~:text=O%20uso%20do%20criptoativo%20tether,janeiro%20a%20julho%20de%202023>. Acesso em: 28 jul. 2024; e <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/novembro/operacao-dolar-tai-pan-megaoperacao-no-combate-a-evasao-de-divisas-com-uso-de-criptoativos>. Acesso em: 02 dez. 2024.

¹⁰ Edital de Consulta Pública n. 97/2023. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/AudenciasEncerradas?15>. Acesso em: 28 jul. 2024.

¹¹ Bem jurídico do crime de evasão de divisas. Nesse sentido: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito penal econômico: leis penais especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164.

¹² Nesse sentido, confira-se: <https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2024/10/29/bc-estuda-exigir-licenca-de-cambio-e-iof-para-empresas-de-criptomoedas.ghtml>.

E não só: também foram disponibilizadas outras três consultas públicas sobre o tema pelo BCB. No dia 8 de novembro de 2024, tornaram-se públicos os Editais de Consulta Pública n. 109/2024¹³ e n. 110/2024¹⁴, que tratam, em geral, da constituição e do funcionamento das prestadoras de serviços de ativos virtuais, além do processo de autorização para que operem no Brasil (dentre outros temas). Ainda, no dia 29 de novembro de 2024, foi apresentado o Edital de Consulta Pública n. 111/2024¹⁵, que traz proposta de inclusão dos serviços de ativos virtuais no mercado de câmbio. Tais atualizações somente reforçam a relevância e a atualidade do presente estudo¹⁶.

Sendo assim, este artigo será dividido em três tópicos. No primeiro, analisar-se-á conceitual e estruturalmente as operações de criptocabo de forma a verificar se elas constituem operação de câmbio. No segundo, examinar-se-á a hipótese de incidência do IOF-Câmbio. Por fim, no terceiro e último tópico, serão reunidas as análises feitas nos dois itens anteriores com o fim de se averiguar a possibilidade de incidência de IOF-Câmbio sobre as operações de criptocabo.

1. Operações de criptocabo

No presente tópico serão analisadas a estrutura e a licitude de uma operação de criptocabo por meio da análise comparativa de operações análogas, como o dólar-cabo e o *blue chip swap*. Para tanto, faz-se necessário, em primeiro lugar, buscar o que se entende por criptomoeda e verificar se as *stablecoins* se encontram nessa definição. É o que será examinado a seguir.

1.1. Das stablecoins

A análise sobre a possibilidade (ou não) de incidência de IOF-Câmbio sobre operações de criptocabo demanda, antes de tudo, que sejam definidas as próprias criptomoedas, ou, mais especificamente, as *stablecoins* (*i.e.*, objeto do presente artigo). Seriam elas espécies de criptomoedas? A resposta a essa pergunta exige que se busque a ideia de “moeda digital”¹⁷.

¹³ Edital de Consulta Pública n. 109/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/edital-de-participacao-social-n-109-2024-proposta-de-regulamentacao-do->. Acesso em: 01 dez. 2024.

¹⁴ Edital de Consulta Pública n. 110/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/edital-de-participacao-social-n-110-2024-proposta-de-regulamentacao-do->. Acesso em: 01 dez. 2024.

¹⁵ Edital de Consulta Pública n. 111/2024. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-publica-n-111>. Acesso em: 02 dez. 2024.

¹⁶ Nesse sentido, confira-se: <https://valor.globo.com/financas/criptomoedas/noticia/2024/10/29/bc-estuda-exigir-licenca-de-cambio-e-iof-para-empresas-de-criptomoedas.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2024.

¹⁷ Para mais informações sobre moeda digital e suas classificações, confira: GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 39-67.

Moedas digitais são um “meio de troca ou de pagamento em formato digital dotado de unidade de medida própria ou embasado em moeda fiduciária”¹⁸. São, portanto, instrumentos virtuais de intermediação de trocas com valor próprio ou lastro em moedas fiduciárias. Tomando-as por gênero, são identificadas duas espécies: moedas eletrônicas e virtuais¹⁹. O próprio BCB faz referência a essa distinção no Comunicado n. 31.379/2017, ao afirmar que moedas virtuais não se confundem com as moedas eletrônicas disciplinadas pela Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013. Segundo o Comunicado, as moedas eletrônicas correspondem aos “recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”, enquanto as moedas virtuais “não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos”²⁰.

Seguindo essa distinção, as moedas eletrônicas são uma mera representação eletrônica das moedas fiduciárias²¹. Por sua vez, as moedas virtuais: (i) têm formas virtuais de armazenamento e transferência; (ii) possuem forma, unidade de medida e valores próprios; (iii) não têm lastro em moedas fiduciárias ou commodities; (iv) não possuem curso legal ou forçado; (v) são emitidas por entes privados ou por meio de protocolos descentralizados, não por bancos centrais; e (vi) podem ser utilizadas como meio de troca, ainda que em ambientes específicos²².

Nessa classificação, as criptomoedas surgem como uma subespécie de moeda virtual, conceituadas como um “ativo virtual não monetário, não financeiro, descentralizado, sem emissor identificado, dotado de fluxo aberto e caráter universal criptografado e com fluxo de conversibilidade bidirecional”²³, que desempenha a função de meio de troca e, consequentemente, de pagamento. Explica-se: elas são descentralizadas, pois a emissão e a validação de suas operações são feitas pelos próprios usuários (*i.e., peer-to-peer*), e não por uma autoridade central controladora dos fluxos de dados. Ainda, seu fluxo é aberto e de conversibilidade bidirecional, pois seus usuários podem trocar moeda virtual por moeda fiduciá-

¹⁸ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 74.

¹⁹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 40-41.

²⁰ Cf. Comunicado Bacen n. 31.379, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenorformativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 15 set. 2024.

²¹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 75.

²² GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 45.

²³ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 41 e 75.

ria, bem como adquirir bens e serviços reais e/ou virtuais com tais moedas (o que também as torna universais), além do fato de poderem ser retroconvertidas em moedas fiduciárias²⁴.

Por fim, são criptografadas, pois fazem uso da tecnologia *blockchain* para a circulação e o registro de suas informações de forma segura²⁵. Tais operações são realizadas mediante o uso de um sistema de assinaturas e verificações baseadas em chaves públicas e privadas, de forma que tais moedas nada mais são que “uma cadeia de assinaturas digitais”²⁶. Assim, a estruturação dos criptoativos, em geral, é feita por meio da chamada *Distributed Ledger Technology* (DLT), que permite a replicação de informações em múltiplos terminais conectados à mesma rede, com o registro dessas transações sendo feito em bloco (daí o nome: *blockchain*)²⁷.

Ocorre que nenhuma dessas classificações parece abarcar as *stablecoins*. Embora sua sistemática de operação seja bastante similar à do *bitcoin*, existem diferenças relevantes quanto à sua caracterização. As *stablecoins* não possuem uma definição legal ou doutrinária pacífica²⁸. Entende-se correta a posição de que tais ativos são uma espécie de criptoativo lastreado em moeda fiduciária (ou outros ativos), configurando uma obrigação contra a entidade emissora²⁹.

As *stablecoins* têm o objetivo de garantir a paridade de cotações (especialmente com relação ao dólar norte-americano)³⁰, o que a torna menos volátil em comparação a outros criptoativos³¹. Destarte, para seu correto funcionamento, é necessário que uma instituição centralizada fique responsável pela emissão (*min-*

²⁴ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 53-54 e 56-58.

²⁵ SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 137.

²⁶ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Artigo publicado no site *Bitcoin.org*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2024, p. 2.

²⁷ SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 138.

²⁸ IOSCO. *Global stablecoin initiatives (public report)*, 2020, p. 3. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

²⁹ ESPIR, Bárbara Cabrera; STEINBERG, Daniel Fideles. O direito e os novos fenômenos monetários: análise jurídica das diferenças entre criptoativos, *stablecoins* e CBDCs. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 107.

³⁰ COSTA, Isac. A sorte favorece os bravos, mas não os tolos – DeFi: escopo, riscos e desafios regulatórios das finanças descentralizadas. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 626.

³¹ IOSCO. *Global stablecoin initiatives (public report)*, 2020, p. 3. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

ting) e resgate (burning) desses criptoativos, e que o custodiante centralizado mantenha reservas correspondentes (geralmente em moeda fiduciária) para cada unidade de *stablecoin* emitida³².

Assim como ocorre com o *bitcoin*, as *stablecoins* também fazem uso da tecnologia DLT para registro e circularidade do ativo³³, mas, ao contrário dele, possuem lastro (em moeda fiduciária, bens, criptoativos ou controle algorítmico³⁴), motivo pelo qual não têm unidade de medida própria³⁵. Ainda, ao contrário dos demais criptoativos, constituem ativos financeiros, por representarem créditos em face do devedor³⁶ (*i.e.*, obrigação perante o emissor³⁷).

Ratificam essa diferenciação entre *stablecoins* e os demais criptoativos o Comunicado Bacen n. 31.379/2017 (que afirma que “moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos”³⁸), e o art. 5º, inciso I, da Instrução Normativa RFB n. 1.888/2019 (que conceitua os criptoativos como “a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta”³⁹).

Portanto, conclui-se que *stablecoins* são criptoativos não similares ao *bitcoin* (CNSB) – em oposição aos criptoativos similares a ele (CSB)⁴⁰. Os CNSB são clas-

³² BAINS, Parma; SINGH, Ranjit. Crypto's conservative coins. *Finance & Development Magazine (IMF)*, setembro/2022, p. 50. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Basics-Crypto-conservative-coins-Bains-Singh>. Acesso em: 17 set. 2024.

³³ ESPIR, Bárbara Cabrera; STEINBERG, Daniel Fideles. O direito e os novos fenômenos monetários: análise jurídica das diferenças entre criptoativos, *stablecoins* e CBDCs. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 112.

³⁴ IOSCO. *Global stablecoin initiatives (public report)*, 2020, p. 3-4. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

³⁵ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e *stablecoins*: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 496

³⁶ DINENZON, Marcelo et al. *Treatment of crypto assets in macroeconomic statistics (IMF)*. 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

³⁷ ESPIR, Bárbara Cabrera; STEINBERG, Daniel Fideles. O direito e os novos fenômenos monetários: análise jurídica das diferenças entre criptoativos, *stablecoins* e CBDCs. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111-112.

³⁸ Comunicado Bacen n. 31.379, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenorformativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 15 set. 2024.

³⁹ Cf. Instrução Normativa RFB n. 1.888, de 3 de maio de 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sjut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁴⁰ Classificação obtida em GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxo-*

sificados em quatro subespécies de ativos⁴¹: (i) *payment tokens*, que têm o mesmo funcionamento das moedas fiduciárias, mas, ao contrário do *bitcoin*, podem ter seu emissor identificado; (ii) *utility tokens*, que permitem o acesso a bens e serviços – *e.g., voucher*; (iii) *security tokens*, que são ativos financeiros similares aos valores mobiliários, podendo assumir feição de crédito ou dívida, gerando juros ou dividendos; e (iv) *hybrid tokens*, que reúnem características das outras três categorias.

Ocorre que tal classificação também parece não se aplicar às *stablecoins*. Embora haja uma aproximação com o conceito de *payment tokens*, segundo a definição adotada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI)⁴², tais ativos teriam a intenção de se tornarem criptoativos similares ao *bitcoin* e com função similar à da moeda (*i.e.*, funcionar como meio de pagamento e reserva de valor com unidade de medida própria), o que não parece ser o caso. As *stablecoins* foram concebidas para manter lastro econômico com outros ativos, fato que por si só já afastaria a intenção desses ativos de se tornarem criptoativos similares ao *bitcoin* ou de eventualmente virem a apresentar unidade de medida própria.

Ainda, não obstante sejam consideradas como *security token* por alguns órgãos⁴³, entende-se correta a opinião externalizada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre esse tema. No Parecer n. 40⁴⁴, a CVM afirma que a caracterização desses ativos “dependerá da essência econômica dos direitos conferidos a seus titulares”. Em outras palavras, a tokenização de um ativo não determina a sua natureza jurídica, nem se confunde com seu conteúdo – mais importante é analisar a função que ele desempenha na operação concreta⁴⁵. Inclusive, a proposta taxonômica da CVM prevê *stablecoins* expressamente, ao contrário das demais classificações analisadas. Sua divisão prevê: (i) *payment tokens*; (ii) *utility tokens*; e (iii) *asset-backed tokens* ou tokens referenciados a ativo, que se enquadra melhor na proposta das *stablecoins* e dos *non-fungible tokens* (NFTs).

Portanto, conclui-se que *stablecoins* não são propriamente criptomoedas. São, na realidade, uma espécie de moeda digital entre as moedas eletrônicas e as

nomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 64-65.

⁴¹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 66-67.

⁴² DINENZON, Marcelo et al. *Treatment of crypto assets in macroeconomic statistics (IMF)*. 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁴³ IOSCO. *Global stablecoin initiatives (public report)*, 2020, p. 5. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁴⁴ Cf. Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/parecer040.html>. Acesso em: 23 set. 2024.

⁴⁵ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. *Reforma tributária e criptoativos: das aplicações financeiras localizadas no exterior à PEC 45*, p. 6. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Daniel_Eduardo-de-Paiva-Gomes.pdf. Acesso em: 18 set. 2024.

moedas virtuais, já que possuem lastro (estando ausente uma unidade de medida própria), mas sem se apresentar como uma mera representação eletrônica de moeda fiduciária. Ainda, por serem uma CNSB, caracterizam-se como um *asset-backed token*, segundo a classificação da CVM.

Cumpre observar que a dificuldade e a falta de consenso quanto ao conceito e classificação dos criptoativos decorrem de sua natureza anárquica. Nesse sentido, a própria existência das *stablecoins* vai de encontro com a base filosófica que fez nascer o *bitcoin*, já que ao invés de descentralizar as finanças, elas buscam centralizá-las⁴⁶. Nesse contexto, a tentativa de regulamentação das criptomoedas pelo BCB representa uma contradição em face da premissa de que partem esses ativos. Destaca-se que não se está, aqui, criticando a tentativa de regulamentação; ao contrário, é importante que existam mecanismos aptos a evitar a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo no contexto cripto. Contudo, é justamente este o desafio que ora se impõe ao BCB: regular o que não nasceu para ser regulado.

O que se sabe até o momento, é: (i) moedas virtuais não configuram verdadeiras moedas pelo BCB⁴⁷; e (ii) moedas virtuais podem ou não ser consideradas valor mobiliário pela CVM, a depender da essência econômica dos direitos conferidos a seus titulares. Sendo assim, tais ativos serão considerados valores mobiliários: quando (ii.i) previstos taxativamente nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei n. 6.385/1976 ou na Lei n. 14.430/2022; ou quando (ii.ii) enquadrarem-se no conceito aberto de valor mobiliário do inciso IX do art. 2º da Lei n. 6.385/1976⁴⁸, não sendo o caso das *stablecoins*. Nesse sentido, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), antes mesmo da edição do Parecer CVM n. 40, já havia se pronunciado sobre o tema, confirmando que as criptomoedas não configuram moeda, nem valores mobiliários⁴⁹.

Tal afirmação não parece ter sido alterada pelas minutas de regulamentação disponibilizadas à consulta pública por meio dos Editais n. 109/2024, n. 110/2024 e n. 111/2024, do BCB. Conforme se verifica do art. 2º do Edital de Consulta Pública n. 109/2024, as *stablecoins* (traduzidas para “ativo virtual estável” na regulamentação) foram definidas como “ativo virtual criado com o propósito de manter

⁴⁶ BAINS, Parma; SINGH, Ranjit. Crypto's conservative coins. *Finance & Development Magazine (IMF)*, setembro/2022, p. 50. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Basics-Crypto-conservative-coins-Bains-Singh>. Acesso em: 17 set. 2024.

⁴⁷ Nesse sentido, confira-se: <https://www.bcb.gov.br/meubc/faqs/p/moedas-virtuais-criptomoedas-ou-criptograficas>. Acesso em: 14 jan. 2025.

⁴⁸ Cf. Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>. Acesso em: 23 set. 2024.

⁴⁹ STJ, CC n. 161.123/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28.11.2018, publicado em 05.12.2018. Acórdão disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802484304&dt_publicacao=05/12/2018. Acesso em: 15 set. 2024.

seu valor estável em relação ao valor de uma moeda fiduciária de referência ou a um índice que indique o valor de uma cesta de moedas fiduciárias de referência”. Ou seja, foram reconhecidas como meros ativos virtuais.

Além disso, referida minuta de regulamentação reconheceu expressamente que os ativos estáveis devem estar lastreados em moeda fiduciária ou títulos públicos emitidos pelos mesmos governos que emitem as moedas; e proibiu ativos virtuais estáveis lastreados em controle algorítmico (cf. art. 51, §§ 1º e 3º, do Edital de Consulta Pública n. 109/2024) – o que demonstra a preocupação do BCB em evitar crises similares à da TerraLuna em 2022⁵⁰. Trata-se, porém, de uma minuta de regulamentação e, portanto, ainda se encontra suscetível a alterações.

Fixadas as premissas adotadas por este trabalho para fins de definição das *stablecoins*, passa-se a entender como elas são utilizadas nas chamadas “operações de criptocabo”.

1.2. Da definição das operações de criptocabo

Uma vez fixado o que se entende por *stablecoin*, cumpre definir o que se entende por criptocabo, operação que se busca analisar neste trabalho. Para tanto, é necessário entender, em primeiro lugar, o que são operações (i) de dólar-cabo; e (ii) de *blue chip swap*.

O dólar-cabo se caracteriza por ser uma operação na qual “a moeda estrangeira é entregue em espécie ou mediante depósito no exterior em contrapartida a pagamento de reais no Brasil”⁵¹. Trata-se, assim, de operação conduzida por pessoas não autorizadas a operar com câmbio no Brasil, sem transferência física de moeda e sem a intermediação de instituições financeiras⁵². O dólar-cabo nada mais é, portanto, que uma compensação privada, ou seja, uma quitação de negócio jurídico entre um residente no Brasil e um não residente sem a movimentação cambial correspondente⁵³. Em outras palavras, trata-se de uma “forma oblíqua de envio de dinheiro” ao exterior, fora do sistema financeiro e do controle das autoridades monetárias⁵⁴.

⁵⁰ Para maiores informações, confira-se: <https://www.forbes.com/sites/qai/2022/09/20/what-really-happened-to-luna-crypto/>. Acesso em: 02 dez. 2024.

⁵¹ STF, Ação Penal n. 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2012, publicado em 22.04.2013. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 1418-1419. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁵² STF, Ação Penal n. 470, p. 1418-1419.

⁵³ Cf. GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. *Reforma tributária e criptoativos: das aplicações financeiras localizadas no exterior à PEC 45*. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Daniel_Eduardo-de-Paiva-Gomes.pdf. Acesso em: 18 set. 2024, p. 494.

⁵⁴ REALE JR., Miguel. Crime de evasão de divisas e suas formas típicas. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance* v. 2 (*Revista dos Tribunais Online*). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 4. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rdpec-2-crime-de-evasao-de-divisas-e-suas-formas-tipicas.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024.

Situação similar é a do chamado *blue chip swap*, por meio do qual cria-se uma disponibilidade de moeda estrangeira no exterior sem que seja realizado um contrato de câmbio (*i.e.*, compra e venda de moeda estrangeira)⁵⁵. Por meio de tais operações, são adquiridos títulos da dívida pública (mais especificamente, *T-bills*⁵⁶ – ou seja, um ativo referenciado em moeda estrangeira) com o único objetivo de obter alta liquidez (em dólar), fora do país, sem a necessidade de remessa física de valores ou de contrato de câmbio para tanto⁵⁷. Na prática, trocam-se moedas nacionais por moedas estrangeiras, sem a intermediação de instituições autorizadas, mediante transações encadeadas de compra e venda⁵⁸.

Tal operação é análoga ao criptocabo⁵⁹: nele, são usados criptoativos (no lugar dos *T-bills*), para criar disponibilidade no exterior, o que é feito mediante sua transferência (ou creditamento) à pessoa fora do Brasil⁶⁰ – o que inclui o próprio remetente em conta localizada no exterior. Importante observar que qualquer criptoativo pode ser utilizado nesse tipo de operação, que não se limita às CSB, e menos ainda às *stablecoins* (embora a análise do presente artigo se restrinja a essas últimas). Tais operações, entretanto, são ilícitas, conforme se passa a expor.

1.3. Da licitude das operações de criptocabo

A legislação brasileira é firme ao exigir a intermediação de instituições autorizadas nas operações de câmbio. Conforme preveem os arts. 3º⁶¹ e 12⁶² da Lei

⁵⁵ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e *stablecoins*: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil, p. 492.

⁵⁶ Para mais informações sobre as *T-bills* e porque as operações de *blue chip swap* não deveriam ser tributadas pelo IOF-Câmbio, confira-se: TÔRRES, Héleno Taveira. IOF nas operações com títulos públicos e a vedação da analogia com operação de câmbio: o Caso dos *T-Bills*. In: TÔRRES, Héleno Taveira (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 5, p. 591-629.

⁵⁷ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e *stablecoins*: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil, p. 492-493.

⁵⁸ SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTONI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 160.

⁵⁹ SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTONI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 160.

⁶⁰ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e *stablecoins*: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil, p. 493.

⁶¹ Na íntegra: “art. 3º As operações no mercado de câmbio podem ser realizadas somente por meio de instituições autorizadas a operar nesse mercado pelo Banco Central do Brasil, na forma do regulamento a ser editado por essa autarquia”.

⁶² Na íntegra: “art. 12. Fica autorizada a realização de compensação privada de créditos ou de valores entre residentes e não residentes, nas hipóteses previstas em regulamento do Banco Central do Brasil”.

n. 14.286/2021, as operações de câmbio somente poderão ser realizadas por meio de instituições autorizadas pelo BCB a operar nesse âmbito, sendo autorizadas operações de compensação privada apenas nas hipóteses previstas em regulamento do BCB (e não é o caso do criptocabo).

Soma-se a isso o fato de que, no entendimento do BCB, a efetivação de transferências internacionais parametrizadas em moedas estrangeiras com moedas virtuais (e afins) também devem observância às normas cambiais, sobretudo à necessidade de sua operacionalização se dar exclusivamente por meio de instituições autorizadas a atuar nesse âmbito⁶³. O BCB e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), inclusive, reforçam tal entendimento em seus julgados, rejeitando a possibilidade de realização desse tipo de operação (envolvendo T-bills) no Brasil⁶⁴. Em igual sentido, nos autos do Caso Gianni Grisendi e outros⁶⁵, cujo trâmite se deu perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), o BCB asseverou que o *blue chip swap* seria um negócio estruturado de forma a elidir o conhecimento acerca de operações de câmbio ilegítimas. Ou seja, a própria estrutura de negociação cambial, neste caso, permitiria que se cogitasse da intenção dos envolvidos em burlar a legislação tributária.

Embora não tenham sido encontrados julgados sobre câmbio ilegal com criptomoedas no âmbito tributário⁶⁶, especificamente, considerando que sua sistêmática é deveras similar à do *blue chip swap*, não há dúvidas de que sua execução também seria rechaçada pelos órgãos fazendários em solo brasileiro. De forma a corroborar tal conclusão, a então Ministra Rosa Weber, em voto apresentado no âmbito do julgamento da Ação Penal n. 470, pelo Supremo Tribunal Federal, asseverou que o dólar-cabo e as “transferências internacionais informais” são ilegais, já que efetuadas por meio de pessoas não autorizadas a operar com câmbio no Brasil, sem trânsito por instituições financeiras autorizadas⁶⁷.

Da mesma forma, no julgamento do Conflito de Competência n. 161.123/SP, o Ministro Sebastião Reis Júnior, do STJ, asseverou que, em tese, é possível que a

⁶³ Comunicado Bacen n. 31.379, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenumerativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁶⁴ Nesse sentido: (i) CARF, Acórdão n. 3401-004.436, Rel.: Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, 4ª Câmara, 1ª Turma, julgado em 20.03.2018; (ii) CARF, Acórdão n. 202-18.236, Rel(a).: Maria Cristina Roza da Costa, 2ª Câmara, julgado em 15.08.2007; (iii) CARF, Acórdão n. 202-18.366, Rel(a).: Maria Cristina Roza da Costa, 2ª Câmara, julgado em 17.10.2007; (iv) CRSFN, Acórdão n. 11.565, Rel.: José Augusto Mattos da Gama, julgado em 30.06.2015; e (v) CRSFN, Acórdão n. 11206, Rel.: Waldir Quintiliano da Silva, julgado em 21.01.2014.

⁶⁵ Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), Ação Penal n. 000098759.2004.4.03.6181, 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo, julgado em 17.11.2011, arquivado definitivamente em 26 de maio de 2022.

⁶⁶ No âmbito criminal, destaca-se a decisão monocrática no HC n. 957.559, de 6 de novembro de 2024, em trâmite perante o STJ, e sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, no qual são descritas condutas de câmbio ilegal envolvendo cripto.

⁶⁷ STF, Ação Penal n. 470 p. 1418-1419.

negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática do crime de evasão de divisas, “desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada”⁶⁸. Ou seja, a lícitude da operação de câmbio está intimamente atrelada à existência de autorização, por instituição financeira competente, de sua realização.

Sendo assim, não há dúvidas de que o criptocabo é vedado no Brasil, não obstante haja discussão, na doutrina, sobre sua caracterização como crime de evasão de divisas⁶⁹. Nos termos do voto da Ministra Regina Helena Costa nos autos do Caso Clube de Regatas do Flamengo, a vedação a operações cambiais ilegítimas, feitas sem a intermediação de uma instituição autorizada pelo BCB, se explica pelo fato de que a compensação privada de créditos gera os mesmos efeitos de um pagamento, razão pela qual não poderia escapar ao sistema legal de ingresso de divisas e à função de polícia administrativa que o BCB exerce no Sistema Financeiro Nacional, fiscalizando e sancionando o que a Ministra chamou de “ilícitos configuradores de sonegação de cobertura cambial”⁷⁰. Afinal, uma das funções do BCB é justamente controlar o fluxo de moeda estrangeira no país, inclusive como forma de averiguar os níveis de comprometimento das reservas cambiais⁷¹.

Feitas as considerações sobre *stablecoins* e criptocabo, cumpre avançar para a próxima etapa de análise, que diz respeito à análise do IOF-Câmbio.

2. Hipótese tributária do IOF-Câmbio

O IOF-Câmbio incide sobre transações financeiras e possui caráter eminentemente extrafiscal, gravando as operações independentemente do ganho por elas gerado, o que demonstra a preocupação do Estado com o monitoramento dessas movimentações⁷². Seu estudo é justificado no presente artigo pelo tipo de operação analisada, similar às operações de câmbio. Sendo assim, passa-se ao

⁶⁸ STJ, CC n. 161.123/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28.11.2018, publicado em 05.12.2018. Acórdão disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802484304&dt_publicacao=05/12/2018. Acesso em: 15 set. 2024.

⁶⁹ SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latín, 2023, p. 160-164.

⁷⁰ STJ, REsp n. 1.937.846/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07.06.2022, p. 69.

⁷¹ NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não incidência de IOF sobre as operações de câmbio simbólico. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 179. São Paulo, ago. 2010, p. 146.

⁷² BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 473 e 476.

exame da hipótese tributária do IOF-Câmbio⁷³ na legislação brasileira e na regulamentação do BCB.

A competência para instituir o IOF está prevista no art. 153, inciso V, da Constituição Federal⁷⁴ e pertence à União. Nos termos do art. 63, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), a hipótese tributária do IOF-Câmbio é definida como a entrega ou disponibilização a interessado de moeda nacional/estrangeira ou de documento que a represente em valor equivalente à moeda estrangeira/nacional entregue ou posta à disposição como contrapartida⁷⁵.

O IOF-Câmbio torna-se devido no momento da liquidação da operação de câmbio⁷⁶, procedimento por meio do qual há, de um lado, a entrega de moeda estrangeira ao banco autorizado a operar nesse mercado e, de outro, o pagamento do valor equivalente em moeda nacional, conforme a taxa de câmbio da data do fechamento da operação⁷⁷. Ainda, segundo dispõe o art. 12, parágrafo único, do Regulamento de IOF (RIOF), as transferências financeiras realizadas no contexto de câmbio englobam pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira “independentemente da forma de entrega e da natureza das operações”.

Ademais, apesar de ter como contribuintes os vendedores e os compradores de moeda estrangeira, os responsáveis por seu recolhimento (conforme analisado com mais detalhes no subtópico 3.2) são as instituições autorizadas pelo BCB a operar no mercado de câmbio⁷⁸, uma vez que, como exposto no subtópico 1.3, sem a autorização do BCB, não é possível operar câmbio no Brasil⁷⁹. A base de cálculo do IOF-Câmbio é o valor recebido, entregue ou posto à disposição em moeda nacional⁸⁰ e, não obstante sua alíquota máxima fixada em Lei seja de 25%, a alíquota geral do imposto adotada pelo Executivo é de 0,38% na entrada de recursos do exterior e de 3,5% na transferência de recursos ao exterior⁸¹. Nos

⁷³ Para maiores informações sobre a hipótese tributária do IOF-Câmbio, confira-se: NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. *Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (PUC/SP), 1992.

⁷⁴ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”.

⁷⁵ Cf. Art. 63, inciso II, do CTN e art. 11, *caput*, do RIOF.

⁷⁶ Cf. Art. 11, parágrafo único, do RIOF.

⁷⁷ Cf. Solução de Consulta Cosit n. 231, de 15 de julho de 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=102463>. Acesso em: 01 dez. 2024.

⁷⁸ Cf. Arts. 12 e 13 do RIOF e art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994.

⁷⁹ Cf. Arts. 3º e 5º da Lei n. 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e art. 2º da Resolução CMN n. 5.042, de 25 de novembro de 2022. A lista de instituições habilitadas a operar no mercado de câmbio encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/instituicoesoperacambio>.

⁸⁰ Cf. Art. 14 do RIOF e art. 64, inciso II, do CTN.

⁸¹ Cf. Arts. 15 e 15-B, incisos XXIV e XXV, do RIOF, com redação dada pelo Decreto n. 12.499, de 11 de junho de 2025, conforme decisão proferida no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 96 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7.827 e n. 7.839.

demais incisos do art. 15-B do RIOF, são encontradas as exceções às alíquotas gerais.

Tendo sido delimitada a moldura de incidência do IOF-Câmbio, no que tange ao problema posto pelo presente artigo, cumpre analisar detidamente sua hipótese tributária com vistas a identificar se as operações de criptocabo se amoldam à sua hipótese de incidência. Para tanto, serão destrinchados os conceitos de “operação”, “moeda” e “câmbio”.

2.1. Conceito de operação

Operação é um negócio jurídico bilateral, no qual há clara manifestação de vontade por parte daqueles que a compõem⁸². No caso do câmbio, essa manifestação de vontade dirá respeito a todo tipo de negociação, contrato, transação ou convenção que objetive a realização de um câmbio⁸³. No Brasil, tal operação é realizada mediante a formalização de um contrato registrado perante o Banco Central⁸⁴. O contrato de câmbio será analisado com mais detalhes no próximo subtópico. Por ora, é relevante entender o momento a partir do qual o imposto se torna devido: se na formalização do contrato ou na entrega das moedas (*i.e.*, liquidação).

O IOF-Câmbio se torna devido no momento da liquidação da operação de câmbio (art. 11, parágrafo único, do RIOF), independentemente da forma de entrega dos valores ou da natureza da operação (art. 12, parágrafo único, do RIOF). Assim, ao contrário do que ocorria com o imposto sobre o selo (um antecessor do IOF, incidente sobre a aposição de estampilhas quando do registro de atos jurídicos em repartições públicas⁸⁵), o IOF não se opera pelo princípio documental⁸⁶. Ao contrário, ele não incide no momento da celebração do contrato ou da formação do consenso entre as partes (o que lhe é ínsito), mas sobre sua efetiva

⁸² MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas à títulos e valores mobiliários: conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 121.

⁸³ BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 489.

⁸⁴ BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 491.

⁸⁵ BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 469.

⁸⁶ BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos

execução⁸⁷. Nesse sentido, já entendeu o CARF tanto no Caso Banco do Brasil⁸⁸ quanto, mais recentemente, no Caso Unilever⁸⁹ (ainda que em contexto de operação de crédito). Em ambos os casos, afirmou-se que as operações objeto do IOF não dependem da formalização de um contrato para se caracterizar, bastando que se verifiquem seus efeitos específicos próprios.

Ocorre que, conforme apurado no subtópico 1.3, a operação de criptocabo não é lícita no ordenamento brasileiro. Assim, com base no art. 166 do Código Civil (CC), poder-se-ia alegar a ilicitude do negócio jurídico, devido à ausência de intermediação de uma instituição financeira autorizada a tanto pelo BCB, com o intuito de afastar a tributação de tais operações.

A confirmação (ou não) sobre se tal constatação se aplicaria ao IOF-Câmbio parte da análise se *(i)* a operação de câmbio é uma situação de fato, nos termos do art. 116, inciso I, do CTN, em que o foco está na chamada “consideração econômica” do Direito Tributário – ou seja, nos efeitos econômicos de relevância jurídica; ou se *(ii)* a operação de câmbio é uma situação jurídica, nos termos do art. 116, inciso II, do CTN, fazendo com que o Direito Tributário atue como um direito de sobreposição no que diz respeito às categorias de Direito Civil⁹⁰.

Explica-se: em contraposição à ideia de Direito Tributário como direito de sobreposição (e, portanto, como ramo do Direito cuja aplicação se mostra vinculada a situações reguladas por outros ramos do Direito), surgiu a ideia de consideração econômica, como forma de tornar o Direito Tributário independente do Direito Privado⁹¹. Segundo indica Ricardo Galendi Jr., a ideia de consideração econômica, em sua concepção alemã original, dizia respeito à possibilidade de, na atividade de interpretação das leis tributárias, se levar em consideração sua finalidade, seu significado econômico e o desenvolvimento de sua conjuntura⁹². As-

Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 470.

⁸⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 38.

⁸⁸ CARF, Acórdão n. 22.835, Rel.: Walber José da Silva, 1ª Câmara, julgado em 01.07.2008.

⁸⁹ CARF, Acórdão n. 3301-006.702, Rel.: Salvador C. B. Junior, 3ª Câmara, 1ª Turma, julgado em 21.08.2019.

⁹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre mútuo de recursos financeiros abrange contratos de conta corrente? *Revista Direito Tributário Atual* v. 53. São Paulo: IBDT, 2023, p. 263. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2309>. Acesso em: 21 nov. 2024.

⁹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre mútuo de recursos financeiros abrange contratos de conta corrente? *Revista Direito Tributário Atual* v. 53. São Paulo: IBDT, 2023, p. 264. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2309>. Acesso em: 21 nov. 2024.

⁹² GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. *A consideração econômica no direito tributário*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2019, p. 333.

sim, de acordo com a noção de consideração econômica, as hipóteses tributárias poderiam abarcar circunstâncias econômicas, e não negócios jurídicos⁹³.

Hoje, e conforme reflete o art. 116 do CTN, o legislador é livre para atuar vinculando-se ou não a institutos do Direito Privado: (*i*) ao se valer deles, a incidência tributária será atraída pela verificação de um negócio jurídico para fins civis, *i.e.*, apenas haverá tributação em caso de perfectibilização de um contrato, sendo irrelevantes os seus efeitos – cf. incisos II dos arts. 116 e 118 do CTN; (*ii*) ao tratar dos efeitos econômicos, por outro lado, embora ocorram com frequência no contexto de contratos civis, com eles não se confundem, razão pela qual eventual invalidade não impactará a tributação – cf. incisos I dos arts. 116 e 118 do CTN⁹⁴. Independentemente do caminho escolhido, sua caracterização depende da interpretação dos dispositivos legais, de forma que, concluindo-se pela adoção de um conceito do direito privado, a qualificação dos fatos jurídico-tributários seja feita à sua luz; por outro lado, concluindo-se por um sentido jurídico-tributário próprio, que os fatos sejam qualificados a partir dele⁹⁵.

No caso da Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994, os arts. 5º e 6º não exigem a formalização de um contrato de câmbio para que a operação se concretize. Assim, a lei não foi além daquilo que já prevê o CTN sobre o IOF-Câmbio nesse ponto. E conforme visto neste mesmo subtópico, acima, temos que o IOF não se opera pelo princípio documental, tendo o CARF reconhecido, em mais de uma oportunidade⁹⁶, a desnecessidade da formalização de um contrato para o câmbio se caracterizar, bastando que se verifiquem seus efeitos.

Por conta disso, mais importante que a vontade das partes é a verificação dos efeitos da operação. Sendo assim, entende-se que, para fins de tributação pelo IOF, a operação de câmbio constitui uma “situação de fato”, nos termos dos incisos I dos arts. 116 e 118 do CTN. Nesse sentido, conforme bem asseverava Rubens Gomes de Sousa, “a circunstância de um ato, contrato ou negócio ser juridica-

⁹³ Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-10052021-001251/publico/7216149_Dissertacao_Original.pdf.

⁹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre mútuo de recursos financeiros abrange contratos de conta corrente? *Revista Direito Tributário Atual* v. 53. São Paulo: IBDT, 2023, p. 264. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2309>. Acesso em: 21 nov. 2024.

⁹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre mútuo de recursos financeiros abrange contratos de conta corrente? *Revista Direito Tributário Atual* v. 53. São Paulo: IBDT, 2023, p. 264-266. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2309>. Acesso em: 21 nov. 2024.

⁹⁶ GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. *A consideração econômica no direito tributário*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-10052021-001251/publico/7216149_Disseratacao_Original.pdf, p. 337.

⁹⁶ Sobre essa posição do CARF, cf. subtópico 2.1.

mente nulo, ou mesmo ilícito, não impede que seja tributado, desde que tenha produzido efeitos econômicos”; já que o foco da norma tributária é seu efeito econômico, não a forma jurídica pela qual se materializa⁹⁷. Trata-se do chamado *pecunia non olet*, consagrado no Direito brasileiro por meio do art. 118, inciso I, do CTN⁹⁸, segundo o qual a atividade da qual o tributo decorre (inclusive em termos de ilicitude) é irrelevante para a tributação, desde que verificado o efeito econômico juridicizado a título da “situação de fato”⁹⁹. É esse, também, o entendimento dos Tribunais Superiores, que asseveraram a irrelevância, para fins de determinação do fato jurídico tributário, da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes¹⁰⁰.

2.2. Conceito de câmbio

Diante do conceito de operação apresentado no subtópico anterior, de negócio jurídico bilateral, cumpre examinar as especificidades da operação de câmbio a partir de seu objeto.

A operação de câmbio se caracteriza pela execução de obrigações contratuais que resultem na entrega ou disponibilidade de moeda nacional/estrangeira, de forma direta ou por meio de documento que a represente, a alguém que, em contrapartida, também entregue ou disponibilize moeda nacional/estrangeira, de forma direta ou por meio de documento que a represente¹⁰¹.

Desse modo, o câmbio nada mais é que o poder de, com a moeda de um país, adquirir a moeda de outro¹⁰², ou, ainda, a troca entre moedas de diferentes¹⁰³. Sendo assim, um contrato de câmbio tem como uma de suas partes um

⁹⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 79-80.

⁹⁸ Na íntegra: “art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:
I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;
II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos”.

⁹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 159.

¹⁰⁰ Cf. STJ, REsp n. 1.493.162, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.11.2014. De igual forma: (i) STJ, APn n. 300, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 21.09.2016; (ii) STF, HC n. 94.240, Rel. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23.08.2011; bem como, entre outros, (iii) STF, HC n. 77.530, Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25.08.1998.

¹⁰¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 40.

¹⁰² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Volume VI, Livro IV, Parte II. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1947, p. 236.

¹⁰³ MELO, José Eduardo Soares de. *Contratos e tributação: noções fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 96.

banco¹⁰⁴ e, como seu objetivo, a compra e venda de moeda estrangeira¹⁰⁵. O câmbio é geralmente classificado em dois tipos: (i) manual, por meio do qual moeda nacional e moeda estrangeira são trocadas diretamente; e (ii) trajectício – ou sacado – por meio do qual a troca entre moedas é efetivada por meio de uma ordem de pagamento ou de um título (*e.g.*, títulos de crédito)¹⁰⁶.

Considerando que o contrato de câmbio envolve uma troca entre moedas, o conceito de “paridade cambial” ganha especial relevância, uma vez que a necessidade de identificar uma equivalência entre o valor dessas moedas é pressuposto dessa operação¹⁰⁷. Dessa maneira, a paridade cambial pode ser definida como a equivalência entre unidades ou frações de moedas, ambas conversíveis¹⁰⁸. E sendo o câmbio um negócio jurídico que envolve a compra e venda de moedas, é fundamental que se delimita o conceito de moeda para fins de incidência do IOF.

2.3. Conceito de moeda

O termo “moeda” pode apresentar uma pluralidade de sentidos diferentes, a depender do contexto em que for empregado¹⁰⁹. Em termos práticos, a moeda constitui um meio físico de pagamento, sendo sua principal finalidade intermediar trocas e liberar os indivíduos de seus vínculos obrigatoriais¹¹⁰. Já em uma análise teleológica da moeda, no contexto do âmbito de organização estatal, ela representa uma forma de comunicação entre o Estado e seus administrados, externalizada por meio das previsões orçamentárias, das imposições tributárias, da definição de preços e do dimensionamento das relações de crédito e débito¹¹¹. Ou seja, para além de uma função inegavelmente econômica, a moeda também é

¹⁰⁴ MELO, José Eduardo Soares de. *Contratos e tributação: noções fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 96.

¹⁰⁵ BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 491; e COMPARATO, Fabio Konder. Contrato de câmbio. *Revista dos Tribunais* n. 575, set. 1983, p. 55.

¹⁰⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 37.

¹⁰⁷ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 155.

¹⁰⁸ MELO, José Eduardo Soares de. *Contratos e tributação: noções fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97.

¹⁰⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 50.

¹¹⁰ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 49.

¹¹¹ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 51 e 58.

fruto da linguagem jurídica, devendo ser empregada dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico do país em que é adotada e em observância aos limites do poder e da soberania estatal¹¹². Mas quais são as características que permitem afirmar se uma *stablecoin* é, ou não, moeda? Essa busca, como mencionado, perpassa os âmbitos econômico e jurídico.

No âmbito econômico, dentre os avanços trazidos pelo uso da moeda, destaca-se a transição das trocas diretas (nas quais se realiza a permuta de um bem por outro bem) para as trocas indiretas (nas quais a troca entre bens é intermediada por uma moeda), sanando, dessa forma, os principais obstáculos enfrentados nas relações de trocas até então: a correspondência entre interesses e a aferição dos preços¹¹³. Em outras palavras, havia um problema não só de comparação entre os bens ofertados, sendo difícil aferir o valor correspondente das mercadorias envolvidas na troca; como também de utilidade, já que o bem ofertado em contrapartida não necessariamente seria aceito pela outra parte – o que, na prática, impossibilitava a especialização de produtos, já que quanto maior o estoque disponível e maior a variabilidade de opções, maiores as chances de a troca ser realizada¹¹⁴.

A ineficiência de tal modelo, entretanto, já indicava a necessidade de indicação de uma “mercadoria-padrão” para intermediar as trocas – e a moeda não foi a primeira opção a desempenhar esse papel: primeiramente, buscou-se mercadorias de alta aceitação¹¹⁵, como, por exemplo, ocorreu com o sal, o cacau e o tabaco¹¹⁶. Ou seja, qualquer produto podia ser qualificado como “moeda”, desde que utilizado para intermediar relações econômicas de troca. Nesse sentido, no caso “US vs. Faiella”, o juiz de direito Jed Rackoff (ao tratar sobre o *bitcoin*) definiu

¹¹² CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 151.

¹¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018, p. 273-274. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>. Acesso em: 23 nov. 2024; CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 31; CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 23; e MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 42.

¹¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>. Acesso em: 23 nov. 2024, p. 274; CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 24.

¹¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>. Acesso em: 23 nov. 2024, p. 274.

¹¹⁶ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 12, nota de rodapé n. 8.

moeda como “algo geralmente aceito como meio de troca, medida de valor ou meio de pagamento”¹¹⁷. Mas não é essa a única característica da moeda.

Do ponto de vista *econômico*, uma moeda apresenta três funções: (i) servir como um meio de troca; (ii) constituir unidade de medida com o fim de determinar o valor e o custo de mercadorias, bens e serviços; e (iii) compor um meio de reserva para uso futuro¹¹⁸. Isto é, além de intermediar trocas e definir o valor de correspondência entre mercadorias (precificando-as), a moeda conserva seu poder de troca ao longo do tempo¹¹⁹. Explica-se: a utilização da moeda como meio de troca no lugar de mercadorias de alta aceitação resolve não só a questão da finitude e da fungibilidade desses bens (considerando que a sua qualidade pode variar de produção para produção), mas também garante uma maior segurança ao mercado, visto que, ao funcionar como um meio geral de troca nas operações comerciais, a moeda garante a satisfação de necessidades no futuro, em nova negociação, mantendo seu poder de troca¹²⁰.

Para além dessas três funções, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Caso Unibanco¹²¹, reconheceu outros três atributos da moeda, mas, dessa vez, no âmbito *jurídico* de sua definição¹²²: a moeda é detentora de (i) poder liberatório, *i.e.*, exoneração incondicional de débitos de natureza pecuniária; (ii) curso legal, por meio do qual é assegurada a ampla circulação e aceitação da moeda, cujo uso não poderá ser recusado; e (iii) curso forçado, que se refere à sua inconvertibilidade, à impossibilidade de a moeda ser convertida em outro bem que represente o valor que ela contém. Destacam-se as Leis n. 8.880, de 27 de maio de 1994, e n. 9.069, de 29 de junho de 1995, que definem o real como unidade do sistema monetário nacional e que determinam seu curso legal em todo o território.

¹¹⁷ Cf. *Memorandum order*. Disponível em: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/usa/2014/united-states_of_america_v__robert_m__faiella_aka_btcking_and_charlie_shrem_html/UnitedStatesvFaiella.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

¹¹⁸ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 158-159; e BAL, Aleksandra. *Should virtual currency be subject to Income Tax?* 2014, p. 5-6. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2438451>. Acesso em: 28 out. 2024.

¹¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>. Acesso em: 23 nov. 2024, p. 275.

¹²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018, p. 273-274. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>. Acesso em: 23 nov. 2024, p. 274-275.

¹²¹ STF, RE n. 478.410, Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, p. 10 e 16.

¹²² Cf. análise feita em: GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 175-176.

rio nacional¹²³. É nesse contexto que se inserem as vedações à estipulação de pagamento em moeda estrangeira para além das hipóteses previstas no art. 13 da Lei n. 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em observância ao art. 1º da Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e ao art. 318 do CC.

Nesse sentido, a perda da natureza de moeda no plano interno (como ocorre, por exemplo, no recebimento de moedas estrangeiras em contrapartida a atos de comércio externo) faz com que ela se transforme em mera mercadoria¹²⁴. E não só, o próprio exercício da soberania nacional (ao determinar o curso legal da moeda nacional) basta para tornar moedas estrangeiras meras mercadorias no plano interno¹²⁵. Assim, a ausência de curso legal faz a moeda estrangeira perder seu propósito específico, passando a ser tida como um bem móvel fungível dotado de valor – o que só confirma a informação do subtópico 2.2, no sentido de que a utilização de moeda nacional para aquisição de moeda estrangeira se dá por meio de compra e venda¹²⁶. Já era esse o entendimento consubstanciado pelo art. 191 do Código Comercial de 1850.

Não obstante se caracterize como mercadoria, a moeda estrangeira não pode ser trocada por qualquer bem, sob risco de desempenhar as funções de moeda nacional¹²⁷. Uma moeda estrangeira, portanto, somente pode ser objeto de troca se estiver instrumentalizada pela moeda nacional, sendo vedada a utilização de outra unidade monetária, que faça as vezes de meio de pagamento, para efetivar uma permuta¹²⁸. Ressalta-se que o fato de um determinado país criar uma moeda e reconhecê-la oficialmente como forma de pagamento não basta para que ela seja considerada uma moeda estrangeira pelo Brasil – é preciso que o BCB a reconheça como tal¹²⁹.

¹²³ Cf. análise feita em: GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 176.

¹²⁴ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 152-153.

¹²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 35.

¹²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 35.

¹²⁷ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 154.

¹²⁸ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 154-155.

¹²⁹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 183. A relação de moedas estrangeiras reconhecidas pelo Banco Central pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/todasmoeedas>.

Assim, além de integrar a noção de soberania estatal, a moeda integra o próprio poder do Estado, no aspecto regulatório do sistema monetário nacional, conforme o art. 21, inciso VII, da Constituição Federal, que confere à União a competência de emitir moeda – o que é exercido com exclusividade pelo BCB, nos termos do art. 164 – e o art. 48, inciso XIV, da Constituição Federal, que confere ao Congresso Nacional competência para legislar sobre moeda e definir os limites de sua emissão¹³⁰.

Ressalta-se, ainda, que, nos aspectos vinculados ao conceito de moeda, não se encontra a existência de lastro ou a ausência de especulação¹³¹. Em outras palavras, a verificação de tais atributos não serve para, por si só, desconfigurar um ativo como moeda.

Por fim, cumpre analisar um último aspecto do fato gerador do IOF-Câmbio: o documento que representa a moeda¹³², utilizado no âmbito do câmbio trajectício. Uma parcela da doutrina entende que o câmbio, nessa hipótese, se operaria por meio de títulos de crédito representativos da moeda¹³³. Ou seja, segundo o entendimento desses autores, tais documentos abarcariam somente títulos de crédito, e nada mais. Contudo, não parece ser esse o caso. Ora, fosse assim, o próprio legislador complementar poderia ter utilizado a expressão “títulos de crédito”, caso a intenção fosse restringir a hipótese tributária do IOF-Câmbio. Porém, não foi essa a expressão adotada pelo legislador; ao contrário, lançou-se mão de termo amplo: “documento”.

Por essa razão, entende-se que a definição adotada pelo CARF no julgamento do caso Braskem S.A.¹³⁴ se amolda melhor às intenções do legislador quanto à definição da hipótese tributária do IOF-Câmbio. De acordo com o Conselho, os documentos que representam moeda são títulos, sem titular determinado, que corporificam a obrigação de pagar àquele que o detiver. Ou seja, segundo tal definição, o conceito de título de crédito é espécie do gênero “documento” a que se refere a legislação, mas não se restringe a ele. Trata-se de documentos que

¹³⁰ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 175.

¹³¹ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 168-169.

¹³² Cf. Art. 11, *caput*, do RIOF.

¹³³ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas à títulos e valores mobiliários: conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 126; e GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 186.

¹³⁴ CARF, Acórdão n. 202-18.236, Rel(a).: Maria Cristina Roza da Costa, 2ª Câmara, julgado em 15.08.2007.

consustanciam dívidas, as quais devem ser quitadas mediante a apresentação do citado título.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Salomão Neto, ao definir o câmbio trajectício, afirma que, para sua efetivação, a moeda não é entregue diretamente à sua contraparte em espécie, mas sim mediante uma ordem de pagamento ao exterior¹³⁵. Isto é, será documento para fins de incidência do IOF-Câmbio tudo aquilo que consustanciar uma ordem de pagamento.

Fixadas as premissas concernentes à definição da hipótese tributária do IOF-Câmbio, cumpre analisar se as operações de criptocabo podem (ou não) ser entendidas como operações ilegais de câmbio e, portanto, serem tributadas como tal.

3. Incidência do IOF-Câmbio nas operações de criptocabo

De acordo com a literatura, operações envolvendo criptomoedas somente poderiam ser tributadas pelo IOF-Câmbio: (i) se elas fossem equiparadas ou consideradas como moedas nacionais, de curso legal e forçado, sendo utilizadas na aquisição de moedas estrangeiras ou demais bens/serviços cotados em moeda estrangeira; (ii) se elas fossem equiparadas ou reconhecidas pelo BCB como moedas estrangeiras, podendo ser utilizadas na aquisição de real ou demais bens/serviços cotados em moeda nacional; ou (iii) se elas fossem tidas como documentos que representem moeda, nos termos do art. 63, inciso II, do CTN e do art. 11, *caput*, do RIOF¹³⁶. É isso que será examinado no presente tópico. Para tanto, e tendo em conta tudo o que foi exposto nos itens anteriores, verificar-se-á se: operações de criptocabo constituem operações de câmbio e, em caso positivo, se essas operações estariam abarcadas pela hipótese tributária do IOF-Câmbio, nos termos da legislação e regulamentações vigentes.

3.1. Aspecto material

Conforme analisado no subtópico 1.3 do presente artigo, o criptocabo é uma operação ilícita por meio do qual pessoas não autorizadas a operar no mercado de câmbio no Brasil utilizam de criptoativos para obter liquidez no exterior (e, portanto, moeda estrangeira), sem que seja necessária a remessa física de moedas ou a intermediação de instituição financeira para tanto. Na prática, tal operação possibilita a entrega ou a disponibilidade de moeda nacional (ou de documento que a represente) em troca da entrega ou disponibilização de moeda estrangeira.

¹³⁵ SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo, Atlas, 2005, p. 313.

¹³⁶ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 155-156 e 186-187; e RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018), p. 33. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024.

Sendo assim, analisando-se os efeitos econômicos gerados por essa operação (leia-se: preenchimento da situação de fato eleita, estipulada como hipótese tributária), não existem dúvidas de que, na essência, ela representa uma operação de câmbio.

A possibilidade de utilização dos criptoativos como forma de contornar os controles do BCB com relação às operações de câmbio já havia sido identificada por Flávio Rubinstein e Gustavo Vettori naquele que se consagrou como o primeiro artigo escrito no país sobre a tributação de criptoativos. Na ocasião, os autores apontam que a compra de um ativo virtual em um país e sua venda em outro permitiria a obtenção de um câmbio sem que fosse necessário firmar um contrato com um banco para que se atingisse o mesmo fim¹³⁷. Da mesma forma, Érico Pilatti alerta para o fato de que, caso seja realizada a aquisição de um criptoativo, com sua posterior alienação, no exterior, em curto espaço de tempo e com comprovada intenção de gerar liquidez em moeda estrangeira, não será plausível descartar a possibilidade de as autoridades financeiras entenderem pela realização de uma compensação privada¹³⁸. Ou seja, já era possível identificar na doutrina alertas para o problema analisado pelo presente artigo.

Embora esse resultado possa ser obtido com qualquer outro ativo, os criptoativos possuem duas vantagens que fazem com que sejam escolhidos como instrumento para operacionalizar essa transação: (a) são bens intangíveis, podendo ser comprados, transferidos e vendidos em qualquer lugar do mundo de forma imediata e gratuita; e (b) são dotados de liquidez e uniformidade de preço o suficiente para serem utilizados como *token* de troca¹³⁹.

Dentre as vantagens comerciais do criptocâmbio, destacam-se: (i) a ausência de taxas bancárias sobre sua realização; (ii) a possibilidade de ganho com a arbitragem de preço em diversos países; (iii) a possibilidade de evitar perdas com *spreads* cambiais praticados pelos bancos; e (iv) a desburocratização do procedimento de transação, que se tornará mais célere¹⁴⁰. Já dentre as razões ilegais para sua realização, temos: (a) a evasão do IOF-Câmbio; e (b) a burla à necessidade de informar as autoridades financeiras nacionais – como BCB e Receita Federal – sobre sua

¹³⁷ RUBINSTEIN, Flávio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 13-14 e 34.

¹³⁸ PILATTI, Érico. A incidência de IOF-Câmbio sobre operações com criptoativos. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 1351.

¹³⁹ RUBINSTEIN, Flávio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 14.

¹⁴⁰ RUBINSTEIN, Flávio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 15.

realização e de apresentar-lhes documentos referentes à transação¹⁴¹. Tal intenção de evasão fiscal pode acarretar penalidades administrativas, tributárias e até mesmo criminais¹⁴².

A conclusão de que o criptocabo gera efeitos de câmbio pode ser reforçada pela minuta de regulamentação do tema pelo BCB presente nos Editais de Consulta Pública n. 109/2024 e n. 111/2024. Nessas minutas, não só o BCB prevê que as instituições intermediárias de ativos virtuais e as corretoras de ativos virtuais terão por objeto social a realização de “operações de prestação de serviços de ativos virtuais no mercado de câmbio”¹⁴³, mas também expressamente inclui no mercado de câmbio a prestação de serviços de ativos virtuais que compreenda o “pagamento ou transferência internacional mediante transmissão de ativos virtuais”, ou, ainda, a compra, venda, troca ou custódia de ativos virtuais em reais que sejam de propriedade de não residentes e de ativos virtuais em moeda estrangeira¹⁴⁴.

Nesse sentido, a minuta de regulamentação também reflete a preocupação do BCB em evitar que sejam realizadas operações de câmbio ilegais por meio de criptomoedas, prevendo o dever de informação ao BCB de que as operações citadas anteriormente foram realizadas¹⁴⁵. E não só, o BCB tenta dificultar a realização de câmbio ilegal ao prever que as sociedades prestadoras de serviços de ativos virtuais não poderão exercer a atividade de pagamento ou transferência internacional mediante transmissão de ativos virtuais até que seja concluído o processo de autorização para operar no mercado de câmbio¹⁴⁶. Tal atividade, nos termos da regulamentação proposta, abarcaria: (i) pagamentos ou transferências, cuja liquidação se dê por meio da transmissão de ativos virtuais entre residente e não residente ou entre não residentes; e (ii) transmissões de ativos virtuais de mesma titularidade para conta no exterior¹⁴⁷.

Sendo assim, estando diante de um efeito econômico de câmbio, cumpre verificar se haveria a incidência de IOF-Câmbio na operação de criptocabo, con-

¹⁴¹ RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 15.

¹⁴² RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 34.

¹⁴³ Cf. arts. 5º, inciso XII, e 8º do Edital de Consulta Pública n. 109/2024.

¹⁴⁴ Cf. art. 1º do Edital de Consulta Pública n. 111/2024, que acrescenta o art. 76-A à Resolução BCB n. 277, de 31 de dezembro de 2022.

¹⁴⁵ Cf. art. 1º do Edital de Consulta Pública n. 111/2024, que conferiu uma nova redação ao art. 25 da Resolução BCB n. 277, de 31 de dezembro de 2022.

¹⁴⁶ Cf. art. 1º do Edital de Consulta Pública n. 111/2024, que acrescenta o art. 76-B, § 2º, à Resolução BCB n. 277, de 31 de dezembro de 2022.

¹⁴⁷ Cf. art. 1º do Edital de Consulta Pública n. 111/2024, que acrescenta o art. 76-D, à Resolução BCB n. 277, de 31 de dezembro de 2022.

siderando-se que a conversão de moeda digital em moeda fiduciária não configura, por si só, hipótese de câmbio¹⁴⁸. Para tanto, é necessário recorrer à hipótese tributária do IOF-Câmbio, conforme prescrita na legislação.

Considerando que a Lei n. 8.894/1994 institui o IOF-Câmbio falando apenas em “operações de câmbio”, para além de delimitações de sua alíquota e sujeição passiva, é necessário retomar a extensão de *operação de câmbio* como consagrada pelo CTN. Nos termos do art. 63, inciso II, constitui fato gerador do IOF-Câmbio a “entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este”. Isto é, é preciso que se verifique se, na operação de criptocabo, moeda ou documento que a represente é entregue ou colocado à disposição em valor equivalente à moeda entregue ou posta à disposição em troca. Em outras palavras, deve-se averiguar se as *stablecoins* constituem moeda ou documento que a represente.

Nesse sentido, conforme analisado no subtópico 2.3, pode-se afirmar com segurança que as *stablecoins* não constituem moeda nacional, nem foram equiparadas a tal pela regulamentação vigente. Isso se dá principalmente pelo fato de não possuírem curso legal e forçado no Brasil, além de não possuírem unidade de medida própria, já que se encontram sempre lastreadas em um outro ativo. Da mesma forma, elas não configuram moeda estrangeira, já que não foram reconhecidas como tal pelo BCB. Por outro lado, entende-se ser possível afirmar que as *stablecoins* constituem documento que representa moeda, não só pelo conceito que vem sendo adotado pela doutrina e jurisprudência, mas principalmente pela forma de seu funcionamento.

Explica-se: conforme visto no subtópico 1.1, as *stablecoins* representam a obrigação que as entidades emissoras desses ativos têm perante seus usuários de convertê-los em moedas fiduciárias tão logo seja solicitado por eles¹⁴⁹. Ou seja, possuidores de *stablecoins* são detentores de um direito ao pagamento do valor por elas representado em moeda fiduciária. Portanto, considerando que, segundo a jurisprudência do CARF (vista no subtópico 2.3), tais documentos consubstanciam títulos que corporificam a obrigação de pagar àquele que o detiver e assim o desejar, constata-se a existência de documentos que representam moeda nas *stablecoins* e, por consequência, de fato jurídico tributário que atrai a incidência do IOF-Câmbio. Tal conclusão, entretanto, não se estende aos demais criptoativos

¹⁴⁸ RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. *Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian Approach* (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>. Acesso em: 18 set. 2024, p. 14.

¹⁴⁹ ESPIR, Bárbara Cabrera; STEINBERG, Daniel Fideles. O direito e os novos fenômenos monetários: análise jurídica das diferenças entre criptoativos, *stablecoins* e CBDCs. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADÓ, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 111.

que, por não serem considerados ativos financeiros, não possuem essa obrigação de pagamento atrelada à sua existência.

Desse modo, sob o aspecto material do IOF-Câmbio, conclui-se que as operações de criptocabo envolvendo *stablecoins* constituem operação de câmbio, não só por surtirem os mesmos efeitos econômicos (*i.e.*, troca de uma moeda por outra), mas também porque as *stablecoins*, em específico, consubstanciam títulos que corporificam a obrigação de pagar e, portanto, corporificam documentos que representam moeda, atraindo a incidência do imposto. De maneira clara: as operações de criptocabo configuraram a situação de fato eleita pelo legislador como hipótese tributária do IOF-Câmbio.

No entanto, essa afirmação não pode ser feita indiscriminadamente como se qualquer operação ilícita envolvendo criptoativos fosse tributável. De fato, as moedas digitais podem desempenhar diferentes papéis a depender da forma como são utilizadas pelos usuários, razão pela qual existem autores que defendem que sua correta tributação pressupõe uma análise não de sua qualificação jurídica, mas da finalidade com que são manejadas¹⁵⁰ – ou seja, de seus efeitos econômicos. Neste caso, o efeito econômico da operação somente pôde ser pertinente ao presente estudo na medida em que o câmbio foi juridicizado na qualidade de situação de fato, nos termos dos arts. 116 e 118 do CTN. Não fosse assim, a operação deveria ser tratada como situação jurídica, *i.e.*, pressupondo a validade do negócio no âmbito do Direito Privado.

3.2. Aspecto pessoal

Outro ponto relevante diz respeito ao aspecto pessoal do IOF-Câmbio. Conforme visto no tópico 2, os responsáveis pelo recolhimento do referido imposto são as instituições autorizadas pelo BCB a operar no mercado de câmbio. Nesse sentido, o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.894, de 21 de junho de 1994, expressamente prevê que os contribuintes do imposto são os compradores ou vendedores de moeda estrangeira, enquanto os responsáveis por sua retenção e recolhimento são as instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio¹⁵¹. Sendo assim, cumpre analisar se tais instituições são sujeitos passivos do IOF-Câmbio, de forma a concluir se, também do aspecto pessoal, seria possível falar em tributação das operações de criptocabo. Afinal, poder-se-ia arguir que, em virtude da menção às “instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio”, quaisquer operações de câmbio praticadas fora do mercado regulado não seriam alcançadas pela hipótese tributária.

¹⁵⁰ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 443 e 446.

¹⁵¹ No mesmo sentido, os arts. 12 e 13 do RIOF e os arts. 2º e 3º, inciso III, do Decreto-lei n. 1.783/1980.

O art. 121 do CTN, ao definir o sujeito passivo da obrigação tributária, arrolla duas figuras distintas: (i) contribuinte, pessoa a quem pode ser imputada realização da hipótese tributária; e (ii) o responsável, que se subdivide em (ii.i) substituto tributário, na hipótese de o legislador, ao descrever uma hipótese tributária, atribuir a obrigação de recolher o tributo a outrem que não aquele que praticou a conduta descrita; e (ii.ii) responsável *stricto sensu* ou por transferência, nos casos em que a responsabilidade pelo recolhimento é atribuída a outro que não aquele que praticou a conduta descrita na hipótese tributária em razão de fato diverso, não relacionado ao fato jurídico tributário¹⁵².

Tal distinção surge da constatação de que nem sempre o contribuinte ocupará a posição de sujeito passivo da obrigação tributária, já que a legislação pode eleger um terceiro para tanto – o responsável tributário¹⁵³. Trata-se de uma divergência da teoria dualista da obrigação, segundo a qual é feita uma divisão entre dever e responsabilidade (*i.e.*, *Schuld e Haftung*)¹⁵⁴: de um lado, o contribuinte tem o débito (*i.e.*, dever de prestação) e a responsabilidade de sujeitar seu patrimônio ao credor; enquanto, de outro lado, o responsável tem essa responsabilidade de sem ter o débito correspondente¹⁵⁵.

A posição do polo passivo, entretanto, pode ser ocupada por mais de um sujeito passivo (*e.g.*, mais de um contribuinte, mais de um responsável, ou contribuinte e responsável simultaneamente)¹⁵⁶. É o que se verifica no art. 128 do CTN, segundo o qual “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação”, ocasião na qual a responsabilidade do contribuinte poderá ser excluída ou atribuída a ele em caráter supletivo, total ou parcialmente. Ou seja, mesmo na presença de um responsável, ainda poderá ser mantida a responsabilidade do contribuinte.

Dessa forma, é imprescindível a este trabalho apurar se a previsão referente à retenção e ao recolhimento do IOF-Câmbio pela instituição financeira constitui hipótese de sujeição passiva – considerando que, em caso positivo, a existência de uma instituição financeira intermediando a operação de câmbio seria essencial à cobrança do imposto.

Antes, é preciso ter em mente que se está diante de uma retenção na fonte. Feita essa constatação, indaga-se: seria a retenção na fonte uma espécie de substituição tributária, tornando o banco (neste caso) responsável pela obrigação tributária? Entende-se que não.

¹⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 600 e 609.

¹⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 600.

¹⁵⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 602.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 258.

¹⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 605.

A retenção na fonte não se confunde com a substituição tributária, pois não se trata de uma hipótese de sujeição passiva, tendo em vista que a fonte exerce apenas uma função auxiliar da administração fazendária¹⁵⁷. Seu papel, neste caso é de mero agente arrecadador¹⁵⁸. Assim, no caso do IOF-Câmbio, assim como no Imposto de Renda Retido na Fonte, o sujeito passivo é o contribuinte, e a fonte (*i.e.*, instituição financeira) é mero agente arrecadador, cuja obrigação surge por força de lei. Portanto, não é necessária a intermediação de uma instituição financeira na operação cambial para fins de IOF-Câmbio, pois ela não é o sujeito passivo da obrigação.

Não é esse o entendimento do CARF, embora o efeito de suas decisões seja o mesmo aqui defendido. Referido Conselho reconhece a posição de sujeito passivo da instituição financeira ao indicá-la como “contribuinte de direito”¹⁵⁹ ou “responsável tributário”¹⁶⁰ em suas decisões; sem, contudo, entrar no mérito de que tipo de responsabilidade seria essa. No Caso OI, o Conselho se limitou a indicar que o art. 66 do CTN manteria a responsabilidade do contribuinte pela obrigação tributária¹⁶¹. Já no Caso Andrade Gutierrez, o CARF é expresso ao afirmar que a “sujeição passiva, mormente a responsabilidade por retenção, no caso dos autos, sofre ligeira inflexão”, visto que se tratava de operação ilegal, feita às margens do controle do BCB, razão pela qual o imposto foi cobrado dos contribuintes¹⁶².

Ou seja, quando a legislação tributária fala que a retenção e o recolhimento do imposto cabem à instituição autorizada, embora ela esteja pressupondo uma licitude da operação (*i.e.*, que, no caso concreto, elas realmente estejam sendo intermediadas por instituição autorizada), ela não afasta da hipótese tributária eventuais operações praticadas fora dessa intermediação, mesmo que ilícitas ou nulas. Portanto, caso não haja uma instituição intermediando a operação cambial (*i.e.*, seja uma operação ilícita), o contribuinte está previsto conforme o *caput* do art. 6º da Lei n. 8.894/1994. Em outras palavras, a sujeição passiva não está limitada à instituição autorizada no caso do IOF-Câmbio.

Nesse ponto, ressalta-se que o Edital de Consulta Pública n. 111/2024 prevê em seu art. 1º (que acrescenta o art. 76-B, *caput*, à Resolução BCB n. 277, de 31 de

¹⁵⁷ MACHADO, Brandão. Adicional do Imposto de Renda dos Estados. *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 18, set. 1989, p. 293.

¹⁵⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 622.

¹⁵⁹ Cf. CARF, Acórdão n. 202-18.366, Rel(a).: Maria Cristina Roza da Costa, 2ª Câmara, julgado em 17.10.2007.

¹⁶⁰ Cf. CARF, Acórdão n. 3402-002.467, Rel.: João Carlos Cassuli Junior, 4ª Câmara, julgado em 20.08.2014.

¹⁶¹ Cf. CARF, Acórdão n. 3402-002.467, Rel.: João Carlos Cassuli Junior, 4ª Câmara, julgado em 20.08.2014.

¹⁶² Cf. CARF, Acórdão n. 3401-004.436, Rel.: Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Rel. para o acórdão: Conselheiro Robson José Bayerl, 4ª Câmara, 1ª Turma, julgado em 20.03.2018.

dezembro de 2022) que somente poderão prestar serviços de ativos virtuais no mercado de câmbio as prestadoras autorizadas a tanto. Isto é, caso tal redação seja aprovada da forma como consta da minuta, a questão da sujeição passiva deixará de ser um ponto de controvérsia na doutrina, já que as *exchanges* passarão a poder ser consideradas como instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio. Assim, mesmo que se entenda por sua configuração enquanto sujeito passivo, também sob esse aspecto a hipótese tributária do IOF-Câmbio se fará presente.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo examinar, a partir de uma análise jurídico-dogmática, a possibilidade de incidência do IOF-Câmbio sobre as operações de criptocâmbio envolvendo *stablecoins* lastreadas em moeda estrangeira, diante da atual conjuntura do tema no país.

Feitas as análises cabíveis, foi possível concluir que *stablecoins* são espécies de moedas digitais que não se classificam nem como moedas eletrônicas (por não configurarem a representação eletrônica de moedas fiduciárias), nem como moedas virtuais (ou criptomoedas), pois, apesar de possuírem um funcionamento análogo a elas (com estruturação em DLT e *blockchain*), possuem valor lastreado em outros ativos, sendo, portanto, criptoativos não similares ao *bitcoin* classificados como *asset-backed tokens*. Ainda, elas representam ativos financeiros, tendo em vista que consubstanciam uma obrigação perante seu emissor: o cliente é titular de um crédito em face do emissor e, sendo de sua vontade, possui o direito ao resgate do valor correspondente, em moeda fiduciária.

Quanto ao criptocâmbio, foi possível concluir que ele constitui uma operação conduzida por pessoas não autorizadas a operar com câmbio no Brasil por meio da qual são adquiridos ou vendidos criptoativos com o objetivo de obter liquidez em dólar ou outra moeda estrangeira, sem que se faça necessária a transferência física de moeda ou a intermediação de instituições autorizadas. Destaca-se que qualquer criptoativo pode ser utilizado nesse tipo de operação. No entanto, o criptocâmbio é uma operação ilícita, pois, no entendimento do próprio BCB, a efetivação de transferências internacionais parametrizadas em moedas estrangeiras com moedas virtuais (e afins) também deve observância às normas cambiais, sobretudo à necessidade de sua operacionalização se dar exclusivamente por meio de instituições autorizadas a atuar nesse âmbito. Ainda, considerando que tal operação gera, como efeito econômico, a entrega ou a disponibilidade de moeda nacional (ou documento que a represente) em troca da entrega ou disponibilização de moeda estrangeira, o criptocâmbio constitui operação ilícita de câmbio.

Assim, sendo a operação de câmbio uma “situação de fato”, nos termos dos arts. 116 e 118 do CTN (razão pela qual é possível se falar em juridicização do efeito econômico), a circunstância de o negócio jurídico ou ato ser nulo ou ilícito em nada interfere na tributação caso tenham sido produzidos efeitos econômicos,

nos termos do *pecunia non olet* (conforme prevê o art. 118, inciso I, do CTN). Mais, não sendo o IOF regido pelo princípio documental, ele não incide no momento da celebração do contrato de câmbio (que sequer é necessário para que a operação se verifique), mas no momento de sua efetiva execução.

Quanto à hipótese tributária do IOF-Câmbio, verificou-se ser ela a “entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este” (segundo prevê o art. 63, inciso II, do CTN), ressaltando-se que, para fins de tributação, as transferências financeiras realizadas no contexto de câmbio englobam pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira “independentemente da forma de entrega e da natureza das operações”, o que demonstra a desnecessidade de observância a uma forma jurídica própria para que seus efeitos se verifiquem.

Ainda, foi possível concluir que, não obstante as *stablecoins* não se caracterizem como moeda nacional ou moeda estrangeira, tendo em vista a ausência de curso legal e forçado (no caso da moeda nacional), bem como a falta de reconhecimento como tal pelo BCB (no caso de moeda estrangeira), elas podem ser caracterizadas como documentos que representam moedas, visto que consubstanciam a obrigação de pagamento (por parte do emissor) e o direito ao resgate (por parte do cliente) do valor correspondente em moeda fiduciária. Por esse motivo, as operações de criptocâmbio realizadas por meio de *stablecoins* configuram operação de câmbio sujeita à tributação pelo IOF-Câmbio. A proposta de regulamentação apresentada pelo BCB, que inclui no mercado de câmbio operações de pagamento ou transferência internacional de ativos virtuais apenas reforça essa conclusão – embora, aqui, se restrinja essa possibilidade às *stablecoins*.

Por fim, quanto ao aspecto pessoal do IOF-Câmbio, foi possível concluir que as instituições autorizadas, ao assumir o papel de fonte na retenção do imposto, não ocupam a posição de sujeito passivo da obrigação tributária, mas de mero agente arrecadador, razão pela qual se entende não ser necessária a presença de uma instituição autorizada a operar no mercado de câmbio para que haja a incidência do imposto.

De toda forma, esse é apenas o início da discussão envolvendo a possibilidade de tributação das operações de câmbio envolvendo moedas digitais pelo IOF, já que pendente sua regulamentação. A tendência é que este se torne um campo cada vez mais aberto a debates.

Bibliografia

- BAINS, Parma; SINGH, Ranjit. Crypto's conservative coins. *Finance & Development Magazine (IMF)*, setembro/2022, p. 50. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Basics-Crypto-conservative-coins-Bains-Singh>.

- BAL, Aleksandra. Should virtual currency be subject to Income Tax? 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2438451>.
- BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986.
- COMPARATO, Fabio Konder. Contrato de câmbio. *Revista dos Tribunais* n. 575, set. 1983, p. 54-62.
- CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.
- COSTA, Isac. A sorte favorece os bravos, mas não os tolos – DeFi: escopo, riscos e desafios regulatórios das finanças descentralizadas. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- DINENZON, Marcelo et al. Treatment of crypto assets in macroeconomic statistics (IMF). 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf>.
- ESPIR, Bárbara Cabrera; STEINBERG, Daniel Fideles. O direito e os novos fenômenos monetários: análise jurídica das diferenças entre criptoativos, *stablecoins* e CBDCs. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. *A consideração econômica no direito tributário*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2019, p. 333. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-10052021-001251/publico/7216149_Dissertacao_Original.pdf.
- GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas: da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva. A relação entre câmbio irregular, criptoativos e *stablecoins*: contributos práticos para uma releitura do posicionamento do Banco Central do Brasil. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

- GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva. Reforma tributária e criptoativos: das aplicações financeiras localizadas no exterior à PEC 45. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2024/09/Daniel_Eduardo-de-Paiva-Gomes.pdf.
- IOSCO. Global stablecoin initiatives (public report), 2020. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD650.pdf>.
- MACHADO, Brandão. Adicional do Imposto de Renda dos Estados. *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 18, set. 1989, p. 291-296.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Contratos e tributação: noções fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Volume VI, Livro IV, Parte II. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1947.
- MORAIS, Carlos Tadeu Queiroz de; LIMA, José Valdeni; FRANCO, Sérgio Roberto K. Conceitos sobre internet e web. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Disponível em: https://www.ufrgs.br/sead/wp-content/uploads/2021/10/Conceitos_Internet_e_Web.pdf.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas à títulos e valores mobiliários: conceitos fundamentais. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Tributação internacional e dos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system. Artigo publicado no site *Bitcoin.org*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (PUC/SP), 1992.
- NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não incidência de IOF sobre as operações de câmbio simbólico. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 179. São Paulo, ago. 2010, p. 145-160.
- PILATTI, Érico. A incidência de IOF-Câmbio sobre operações com criptoativos. In: GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Criptoativos, tokenização, blockchain e metaverso: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- QUÉAU, Philippe. A revolução da informação: em busca do bem comum. *Ciência da informação* v. 27, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/ggsJx87QjT4wsddJtfdfGvgn>.
- REALE JR., Miguel. Crime de evasão de divisas e suas formas típicas. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance* v. 2 (*Revista dos Tribunais Online*). São Pau-

- lo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rdpec-2-crime-de-evasao-de-divisas-e-suas-formas-tipicas.pdf>.
- RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo Gonçalves. Taxation of investments in bitcoins and other virtual currencies: international trends and the Brazilian approach (March 6, 2018). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135580>.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. As atividades “bancárias” das empresas de criptoativos. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; CAMPANA, Felipe Longobardi; BRECHT, Marina. *Criptoativos e lavagem de dinheiro: um panorama nacional e internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre variação cambial de recursos repatriados no âmbito do RERCT. *Revista Direito Tributário Atual* v. 39. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/501>.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre operações simbólicas de câmbio e as conferências internacionais de ações. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de et. al. (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Rodrigues Pires*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre mútuo de recursos financeiros abrange contratos de conta corrente? *Revista Direito Tributário Atual* v. 53. São Paulo: IBDT, 2023. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2309>.
- SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito penal econômico: leis penais especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- TÔRRES, Héleno Taveira. IOF nas operações com títulos públicos e a vedação da analogia com operação de câmbio: o Caso dos T-Bills. In: TÔRRES, Héleno Taveira (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 5, p. 591-629
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

O IRPJ e a CSLL sobre as Subvenções na Jurisprudência do STJ e o Significado da Expressão “Créditos Presumidos” em Face do Princípio Federativo

Corporate Taxes on Public Subsidies in the Case-Law of the STJ and the Meaning of the Expression “Deemed Credits” in Face of the Federative Principle

Paulo Victor Vieira da Rocha

Professor do Programa de Mestrado em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Coordenador do Programa de Especialização em Direito Tributário do IBDT.

Professor Associado da UEA. Advogado. E-mail: paulo.vieiradarocha@vrma.com.br.

Recebido em: 27-6-2025 – Aprovado em: 4-7-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.12.2025.2804>

Resumo

O trabalho parte da premissa de que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, créditos presumidos não são tributáveis pela União federal, especialmente, pelo imposto de renda da pessoa jurídica e pela contribuição social sobre o lucro líquido, por força de restrições impostas, principalmente, pelo princípio federativo. A razão disso é o “efeito de recuperação”, inerente aos créditos presumidos, característica esta que não se verificaria nos demais benefícios fiscais. O escopo central, portanto, aqui, é investigar o conteúdo e o alcance deste termo, utilizado como “divisor de águas”, pelo tribunal. De seu significado, conteúdo e alcance decorre a possibilidade ou não de incidência sobre uma série de benefícios fiscais, especialmente em matéria de tributos sobre a renda. E a conclusão é a de que há muitos benefícios fiscais que se enquadram no conceito de crédito presumido definido pelo STJ, ainda que não nominalmente assim referidos pelo legislador.

Palavras-chave: tributação, imposto de renda, subvenções governamentais, benefícios fiscais, créditos presumidos, Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

This work takes as a premise that, according to Superior Tribunal de Justiça, deemed tax credits are not taxable by the Federal Union, specifically by means of the Corporate Tax (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) and the Social Contribution on Profits (Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido), because of restraints imposed, mainly by the federative principle. The reason for that is the “back-leash effect” which is inherent to deemed tax credits and such feature cannot be verified in other fiscal benefits. The central scope of

the analysis is, thus, to investigate the content and reach of this term, used as a landmark criteria by the court. The content and reach of such content and reach defines the possibility or not of taxation on different tax benefits, specially in the realm of income taxation. The conclusion is that many tax benefits shall be identified with the concept of “deemed tax credits” defined by that court, notwithstanding the legal statutes do not refer to them nominally as such.

Keywords: taxation, corporate tax, public subsidies, tax benefits, deemed tax credits, Superior Tribunal de Justiça.

1. Introdução

Subvenções governamentais são objeto de inúmeras discussões no Brasil há algumas décadas, especialmente em matéria de imposto de renda da pessoa jurídica e contribuição social sobre o lucro líquido (IRPJ/CSLL). Autores de muita expressão em matéria de imposto de renda já se posicionaram sobre a matéria, no sentido de que subvenções governamentais não seriam tributáveis pelo imposto de renda, por não configurarem renda¹. Mas aqui não se pretende tratar dos aspectos já abordados por diversos autores de enorme expressão².

Questões sobre se subvenções se subsumem ao conceito de renda ou até mesmo ao de receita³, bem como se devem ser tratadas distintamente a depender de sua natureza (subvenção de custeio ou subvenção para investimento)⁴ são intere-

¹ BIANCO, João Franciso. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. *Revista Direito Tributário Atual* (20/90), 2006, p. 91.

² A título de exemplo: SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo André. A classificação das subvenções: origens históricas de um problema contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: aspectos jurídico-tributários e contábeis*. São Paulo: MP, 2023. v. 46, p. 503-534. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Subvenções e crédito da Lei n. 14.789. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: aspectos jurídico-tributários e contábeis*. São Paulo: MP, 2023. v. 46, p. 483-500. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo André. As subvenções e as reservas de lucros na Lei 12.973/14: a (ainda relevante) compreensão de sua contabilização. In: ROCHA, Sérgio André (org.). *Contabilidade, IFRS e tributação: homenagem a Elidie Palma Bifano*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 655-688. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320.

³ Por exemplo: FAJERSZTAJN, Bruno; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Algumas controvérsias sobre o novo regime tributário das subvenções para investimento previsto na Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 71-98 (80-92).

⁴ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação das subvenções para investimento. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 59-70 (62-66). TAKANO, Caio Augusto; MARIANI, Thiago. Desafios e perspectivas do novo regime tributário de subvenções para investimento: análise à luz da Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p.

santíssimas, e até apaixonantes. Mas exatamente porque foram tratadas com enorme maestria por diversos dos mais influentes e respeitados autores, é preferível, nesta homenagem, brindar o homenageado com um aspecto deste tema que, aparentemente, foi pouquíssimo explorado⁵.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, inicialmente, que benefícios fiscais de ICMS concedidos pelos estados-membros não seriam tributáveis pela União federal⁶. Para isso se apoiou em diferentes argumentos, por exemplo, de que tais subvenções não seriam renda, nem sequer receita. Por isso, é possível discutir a extensão deste julgado às contribuições sociais incidentes sobre a receita ou faturamento, mas isso precisa ser objeto de outro estudo.

De todo modo, independentemente da quantidade de argumentos nos quais se fundou a decisão e na força justificadora deles, este trabalho tem foco em um argumento específico daquela decisão, que, talvez, seja até o principal deles: a tributação pela União dos benefícios fiscais de ICMS concedidos pelos estados viola a autonomia política dos estados-membros e, assim o princípio federativo.

Ocorre, contudo, que, posteriormente, aquele mesmo tribunal restringiu o âmbito de aplicação da referida decisão. Com efeito, o entendimento havia sido firmado no julgamento de um caso em que se discutia concretamente a tributação de benefícios fiscais concedidos sob a forma de créditos presumidos de ICMS, pelo imposto de renda e pela contribuição social sobre o lucro líquido. Assim, segundo o tribunal, foi preciso, em outra decisão, esclarecer que aquele entendimento não era aplicável a todos os benefícios fiscais, mas somente aos créditos presumidos⁷.

Que fique claro, o STJ não decidiu que os demais benefícios eram todos tributáveis pela União. Mas afirmou que os demais benefícios, a exemplo de isenções e reduções de base de cálculo, precisariam cumprir os requisitos do então vigente art. 30 da Lei n. 12.973/2014 para que não fossem tributados⁸. Veja-se, segundo o tribunal, os créditos presumidos não precisavam cumprir os referidos

99-116 (100-109). FERNANDES, Fabiana Carioni. As subvenções para investimento na Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 173-198 (179-194).

⁵ Um dos raros trabalhos a tratar da questão foi: SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (301-304).

⁶ STJ, EResp n. 1.517.492/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 08.11.2017.

⁷ STJ, REsp n. 1.945.110/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07.03.2023.

⁸ No mesmo sentido, SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (307-308).

requisitos legais simplesmente porque não são tributáveis, eles estão, portanto, fora da competência tributária da União, limitada, neste aspecto, pelo princípio federativo.

O escopo desta decisão, portanto, está no plano das regras materiais de competência, dispostas pela Constituição e definidas precisamente pela Lei Complementar, como já exposta em detalhes por Schoueri e Galendi⁹. Seus efeitos, assim, estão acima no plano legal ordinário, o que significa dizer que afetam a própria validade das regras atualmente em vigor, especialmente os regramentos da Lei n. 14.789/2023, que, dentre outros revogaram o art. 30 da Lei n. 12.973/2014, ao delinear o atual regime de tributação das subvenções concedidas sob a forma de benefícios fiscais que, por sua vez, consistam em créditos presumidos de ICMS.

Isso evidencia que a discussão não apenas diz respeito a fatos ocorridos até 31 de dezembro de 2023, sob a vigência da Lei n. 12.973/2014, como também àqueles ocorridos a partir de então, sob a vigência da Lei n. 14.789/2023. Em outros termos, a incidência de imposto de renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido, prescrita pela Lei n. 14.789/2023, sobre créditos presumidos de ICMS é inválida, por extrapolar a própria competência da União Federal.

Mas, como dito, conforme a jurisprudência pacificada no âmbito do STJ, apenas créditos presumidos estão “completamente” fora da competência da União em razão do pacto federativo, não se estendendo tais conclusões aos demais benefícios fiscais. O problema que surge, portanto, é delinear o sentido e o alcance dessa expressão naquela decisão paradigmática.

É bem verdade que o tribunal poderia ter sido mais claro em relação ao conceito que adotou ali ao se valer da expressão “crédito presumido”. Isso não significa, contudo, que a decisão não tenha definido o conteúdo e o alcance daquela expressão. A decisão sim delineou os “créditos presumidos”: como espécie de benefício fiscal que está fora da competência tributária da União, especialmente em relação aos tributos incidentes sobre a renda. E este trabalho se dedica reconstruir este conteúdo significativo.

2. Os critérios jurisprudenciais para a definição de créditos presumidos

Muito embora a definição de créditos presumidos tenha papel central na jurisprudência do STJ sobre tema ora tratado, pouco se escreveu a respeito. Uma das poucas exceções é trabalho de Luís Eduardo Schoueri e Ricardo Galendi Jr.¹⁰,

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (312).

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO,

que tem por escopo uma análise da decisão paradigmática como um todo, mas dedica um tópico específico à definição de créditos presumidos.

Os referidos autores apontam, corretamente, que o STJ adotou duas razões para distinguir créditos presumidos dos demais benefícios fiscais e decidir que eles não são tributáveis pela União federal¹¹. O primeira delas é o fato de os créditos presumidos serem grandezas positivas na realidade do patrimônio da pessoa jurídica, em contraposição às grandezas negativas, que seriam os demais benefícios fiscais.

Grandezas positivas seriam receitas e, assim, a partir disso, poderiam integrar o resultado e precisariam ser excluídas, enquanto os demais benefícios fiscais seriam grandezas negativas e representariam, assim, meras reduções nas obrigações, de modo que sua exclusão representaria “créditos fictícios”. Esta linha argumentativa foi devidamente criticada por Schoueri e Galendi¹². Por outro lado, ela foi adotada em três dos votos de ministros, mas não consta da ementa.

Por isso, escolheu-se focar no outro fundamento para distinção de créditos presumidos, que, embora conste em apenas um voto, trata-se do voto condutor e consta expressamente da ementa. Não que isso seja razão suficiente para eleição deste objeto de análise, isso dependeria de discussões sobre teoria processual, que não se pretende desenvolver aqui. O outro fundamento é matéria restrita ao direito tributário e, assim, também por isso foi escolhido no corte metodológico deste trabalho. Este fundamento é o chamado “efeito de recuperação”.

Com efeito, como talvez principal fundamento da decisão que excluiu subvenções de ICMS da competência tributária da União foi o pacto federativo, o STJ entendeu por bem limitar esta decisão aos benefícios fiscais que impliquem “efetiva” renúncia de receitas por parte dos estados-membros.

A relação construída pelo STJ entre renúncia de receita e pacto federativo faz bastante sentido. Afinal, não havendo no plano constitucional hierarquia entre os entes, especialmente em matéria tributária, não faria sentido que a União federal pudesse, por meio da tributação, reduzir o alcance de benefícios fiscais concedidos pelos entes subnacionais. Em outras palavras, os estados não poderiam “dar com uma mão” e a União Federal “tirar (um pedaço) com a outra”.

Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (303-304).

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (301-303).

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (304-307).

Em que pese esta correlação entre princípio federativo e não tributação de renúncias de receita faça bastante sentido, o problema está no critério de que se valeu o tribunal para definir os casos em que se estaria efetivamente diante de “renúncia de receita”. É bem verdade que não se pode deixar de considerar o fato de que um mero diferimento, muito embora possa não representar uma renúncia de receita, pode ser um benefício fiscal, se este for compreendido como um regramento que distingue contribuintes com base em critério que não seja a capacidade contributiva deles, implicando tal regramento um efeito indutor de comportamento.

Sim, um diferimento pode ser atrativo o suficiente a implicar ao menos um efeito potencialmente indutor e, neste sentido, não pode ser desconsiderado como medida de política fiscal de um determinado ente e que, no pacto federativo, não poderia ter sua eficácia mitigada por medida adotada por outro ente político, por exemplo, uma medida de cunho tributário¹³.

Portanto, a rigor e com o devido respeito, não é correta a afirmação do tribunal de que só são benefícios fiscais e, portanto, só estão fora da competência de União, os benefícios fiscais ou regramentos que impliquem efetiva renúncia de receita. Como dito, benefícios fiscais são a instrumentalização da política fiscal dos entes e não poderiam, só por isso, sofrer a interferência de outro ente.

A construção, contudo, contém outro erro, este talvez menos óbvio. Ela desconsidera que até mesmo os puros diferimentos podem implicar efetiva renúncia de receitas. Basta pensar em operações interestaduais para que isso fique claro. Imagine-se um diferimento de ICMS concedido por um dado estado-membro, em relação a uma determinada etapa de um processo produtivo como a produção de uma parte ou peça de um veículo. Pense-se na produção e venda de escapamentos para motores, beneficiada por um diferimento, que cessa no momento da saída do motor de um veículo pronto para funcionamento.

Pode parecer, em princípio, que não haverá nenhuma renúncia de receita, afinal de contas, sendo mero diferimento, o imposto que não terá incidido por ocasião da saída do escapamento do estabelecimento que o industrializou enfim incidirá no momento da saída do motor ou, até mesmo, do veículo automotor por outro estabelecimento. Esta impressão se mostra equivocada quando se pensa na possibilidade da operação narrada ser interestadual. Em outros termos, basta imaginar que o fabricante de escapamentos esteja em um estado da federação e o outro estabelecimento em outro estado-membro.

¹³ Em sentido similar: SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (304).

Ora, o estabelecimento adquirente do escapamento que dará saída do motor ou mesmo do veículo automotor não terá o crédito do imposto que deixou de incidir no momento em que se adquiriu o tal escapamento, já que aquela operação terá sido beneficiada por diferimento. Sem o referido crédito, o estabelecimento que der saída do motor ou veículo recolherá, de fato, o montante equivalente ao imposto que foi diferido na etapa anterior, concretizando-se o chamado “efeito de recuperação”.

Ocorre que o imposto antes diferido, e agora cobrado por ocasião da saída do bem final, não terá sido recuperado pelo estado de origem do escapamento, aquele que concedeu o diferimento. O imposto, neste exemplo, terá sido recuperado na etapa seguinte, por outro estado da federação. E aquele ente que concedeu o benefício fiscal nada terá recuperado. Ora, se o estado que concedeu os benefícios, de fato, experimentou uma renúncia de receita, o benefício fiscal usufruído pelo seu contribuinte (o fabricante de escapamentos) não poderia ser tributado pela União, pelo menos se o argumento baseado no princípio federativo fosse levado em conta coerentemente.

Isso evidencia que os elementos “renúncia de receita” e “princípio federativo” consistentemente considerados não levam ao efeito de recuperação como critério definidor. Se o que impede a tributação dos benefícios fiscais pela União é o fato de eles implicarem efetiva renúncia de receita, a existência ou não de efeito de recuperação não deveria ser o critério identificador da renúncia de receita e, portanto, o traço distintivo dos benefícios fiscais estaduais não tributáveis pela União federal.

Ocorre que, como já antecipado, o “efeito de recuperação” foi adotado pelo STJ como critério distintivo dos benefícios fiscais não tributáveis. Ele não é um efeito essencial da identificação de efetivas renúncias de receita pelos estados-membros. Mas é assim que foi considerado pelo tribunal, e assim precisa ser encarado.

Ainda que algumas renúncias de receita por determinados estados convivam com o efeito de recuperação do imposto por outro estado, o STJ só considerou estarem fora da competência tributária da União as renúncias de receita que *não* tenham efeito de recuperação. Não é, portanto, qualquer renúncia de receita que escapa à competência tributária da União em razão do pacto federativo, mas apenas as renúncias que *não* tenham efeito de recuperação.

Isso torna absolutamente necessário que se entenda com certa precisão como se manifesta o assim-chamado “efeito de recuperação”, para que fique claro que ele se revela materialmente sempre que o regramento de determinado benefício fiscal garanta a pelo menos um contribuinte da cadeia de produção e circulação que ele apure seu imposto devido como se não tivesse havido o benefício fiscal na etapa anterior, independentemente de a legislação tratar tal benefício nominal-

mente como um “crédito presumido”. E é isso que se passa a fazer no tópico seguinte deste ensaio.

3. O efeito de recuperação como critério decisivo

Os créditos presumidos que, segundo o STJ, devem ser excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por estarem fora da competência da União em razão do princípio federativo, como dito, são benefícios fiscais que se caracterizam pela ausência de efeito de recuperação. Em outras palavras, créditos presumidos só não são tributáveis porque não implicam efeito de recuperação. O critério decisivo para a não tributação, portanto, não é nominal, mas sim substancial.

Isso porque o tribunal não afirmou que não são tributáveis aqueles benefícios que se chamarem nominalmente de “créditos presumidos”. O que se afirmou na decisão é que créditos presumidos não são tributáveis *em razão de* não implicarem efeito de recuperação. Por outro lado, afirmou que os demais benefícios fiscais, nomeadamente, as isenções, as reduções de base de cálculo ou de alíquotas, seriam, em princípio, tributáveis *em razão de* implicarem efeito de recuperação, ou seja, em razão de materialmente representarem meros “diferimentos” do imposto.

Importante observar que esses demais benefícios são tributáveis, segundo a jurisprudência, ou seja, estão na competência tributária da União. Sua tributação depende de decisão de legislador. Mas o legislador, pelo menos até 31 de dezembro de 2023 optou por não tributar tais benefícios, desde que atendidos os requisitos legais (art. 30 da Lei n. 12.973/2014). Por outro lado, é possível sustentar que a revogação de tal regramento levada a cabo por meio da Lei n. 14.7789/2023 não é válida por referida lei ter tratado de matéria sob reserva de lei complementar¹⁴.

Mas isso fugiria ao escopo deste trabalho, que não é tratar da incidência sobre diferimentos, assim entendidos todos os benefícios fiscais que impliquem efeito de recuperação. Ao contrário, este ensaio se dedica a examinar exatamente os créditos presumidos, assim entendidos como os benefícios fiscais que *não* evidenciem efeito de recuperação. Esta a justificativa do foco se dar sobre os benefícios fiscais sem efeito de recuperação. É deles que se trata aqui.

O chamado efeito de recuperação foi definido pelo próprio STJ. O significado dessa expressão foi delineado de maneira parcialmente equivocada, como foi demonstrado no tópico anterior. Mas isso não afeta a premissa de que o critério decisivo para incidência ou não de IRPJ/CSLL é a existência ou não de efeito de recuperação, bem definido ou mal definido, é o efeito de recuperação que distingue uma classe de benefícios fiscais da outra. Daí a afirmação que se faz

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320 (314-315).

aqui, de que, juridicamente, para se definir a incidência ou não dos tributos sobre subvenções que consistam em benefício fiscal, é muito mais importante perquirir se ela implica efeito de recuperação do que investigar a denominação que a legislação lhe tenha atribuído.

Em outros termos, pouco importa se o legislador denominou ou não determinado benefício fiscal de crédito presumido, sendo relevante apenas se referida desoneração implica ou não efeito de recuperação, assim entendido como a recuperação em uma etapa do ciclo de determinada mercadoria dos valores desonerados na etapa anterior. Isso porque, segundo o STJ, o efeito de recuperação faz com que o benefício fiscal seja na prática um mero diferimento.

Tratando-se de uma isenção total, de uma redução de base de cálculo ou de alíquota (que são isenções parciais), teoricamente, existirá crédito na etapa seguinte. Isto é, se um contribuinte X vende uma determinada mercadoria a outro contribuinte Y e esta operação for isenta, Y não terá crédito de imposto referente a tal aquisição, logo, quando praticar a próxima operação com aquela mercadoria, terá contra si um débito e, na ausência do crédito referente à etapa isenta, Y terminará arcando com o imposto que incidiria sobre a saída anterior, praticada por X, mas que foi isenta.

Imagine-se a revenda de uma autopeça. Ela seria vendida por 100 reais de X para Y e sofreria incidência de 20% de ICMS. Y tomaria crédito de 20 reais de imposto. Y, por sua vez, revenderia a autopeça por 150 reais, novamente com incidência de 20% de ICMS. Y teria um débito de 30 reais de imposto (20% de 150 reais) e crédito de 20 reais (incidentes na etapa anterior). Ele teria um saldo a pagar de 10 reais, mas isso não significa que seu ônus não seja de 30 reais, totais, mas apenas que ele terá arcado com 20 reais de imposto por ocasião a aquisição da autopeça e depois mais 10 reais de imposto por ocasião da sua revenda.

Imagine-se, então, um cenário em que a venda da autopeça de X para Y está isenta. Supõe-se, em geral, que aquela peça antes vendida por 100 reais agora será vendida por 80 reais, já que desonerada dos anteriores 20 reais de imposto. Y adquirirá a peça por 80 reais sem se creditar de qualquer valor, já que a operação estará isenta. Então revenderá a peça pelos mesmos 150 reais, novamente com incidência de 20% de ICMS. Y não tem crédito pela etapa anterior, isenta, repita-se. Ele então terá um débito de 30 reais e um saldo de imposto também de 30 reais, já que inexistente qualquer crédito de imposto. Logo ele terá o mesmo ônus de 30 reais, só que tal ônus só será suportado por ocasião da revenda por ele praticada, já que a venda anterior, praticada por X havia sido isenta.

O Estado terá recebido os mesmos 30 reais, só que em uma única ocasião (revenda praticada por Y), em vez de, sem a isenção, receber os 30 reais de forma fracionada, 20 reais por ocasião da primeira operação e mais 10 reais por ocasião da segunda. Ao receber 30 reais, o estado recupera os 20 reais que, inicialmente, teriam deixado de ser pagos por força da isenção. Isso é o efeito de recuperação

a que se refere o acórdão do STJ. É ele que, nos termos do que decidido pelo tribunal, faz com que essa hipotética isenção seja, em termos de efeito, um mero diferimento, já que os 20 reais isentos numa operação serão pagos pela etapa seguinte.

Até então se tem a adoção de um conceito em boa medida já definido na doutrina, na literatura, a exemplo de trabalhos de Ricardo Lobo Torres¹⁵ e Alcides Jorge Costa¹⁶. A decisão contudo, se equivoca ao vincular este efeito de recuperação e caracterização material do benefício como mero diferimento, ao princípio federativo. Isso porque se afirma lá que o efeito de recuperação, ao fazer com que o benefício seja materialmente um mero diferimento, faz com que não haja efetiva renúncia de receita por parte do estado-membro.

Veja-se que, nos termos da decisão, o princípio federativo impede a União de tributar receitas pertencentes a outros entes políticos e às quais ele renuncia. Assim, a efetiva “renúncia de receitas” é pressuposto da incidência do princípio federativo e, assim, da própria proibição de se tributarem tais renúncias. Dito de outro modo, para o STJ, o princípio federativo impede a União de tributar receitas atribuídas constitucionalmente aos estados e às quais os estados renunciam. Logo, se não há renúncia de receita, não há o que esteja sob proteção do princípio federativo.

Como dito, o equívoco deste raciocínio está em pressupor que o efeito de recuperação necessariamente impede que haja efetiva renúncia de receita. Ele é falho porque desconsidera que a isenção, a redução de base de cálculo ou de alíquota poderia se dar em uma operação interestadual. Em outros termos, ainda que um estado “recupere” o imposto desonerado por outro, em função da ausência de crédito, isso não altera o fato de que o estado que concedeu o benefício sim teve uma efetiva renúncia de receita, pois, repita-se, um estado receber o que outro deixou de receber não altera o fato de que esse último não recebeu e, portanto, renunciou à receita.

Então, não é verdade que o efeito de recuperação impede que a renúncia de receita se efetive. Esta, contudo, foi a premissa adotada pelo STJ, como dito. E é dela que se tem que partir. Embora nem todo efeito de recuperação impeça renúncia de receita, o tribunal presumiu que sim, que todo efeito de recuperação impede a efetiva renúncia de receita, tornando o benefício fiscal um mero diferimento.

Isso, contudo, não altera o fato de que o “efeito de recuperação” é o critério decisivo para que materialmente se esteja diante de um benefício tributável pela

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. V. II. Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 334-335.

¹⁶ COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 27.

União federal. Dito de outro modo, a ausência de efeito de recuperação é a condição para que um benefício fiscal seja considerado um crédito presumido e, assim, por força do princípio federativo, esteja fora da competência tributária da União.

E isso leva a uma observação bastante importante. Na prática, a maioria dos benefícios fiscais é concedida sem efeito de recuperação e, portanto, a maior parte deles tem natureza de crédito presumido, pelo que está fora da competência tributária da União Federal. Sabe-se que o diferimento, embora possa ser atrativo a determinados contribuintes em situações específicas, não é, de modo algum, tão atrativo quanto benefícios que impliquem efetiva desoneração e, portanto, renúncia de receita.

Por isso, a maioria dos benefícios fiscais é concedida sem efeito de recuperação, o que se dá por diversos mecanismos que apenas não são tratados expressamente pelo legislador como créditos presumidos. Mas ele, indiscutivelmente, não tem efeito de recuperação e, ainda, implicam sim uma indiscutível renúncia de receita. Um bom exemplo disso é o regime de benefícios fiscais concedido pelo Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n. 6.331/2012, conhecida como “Lei da Moda”.

Segundo este regime, contribuintes que realizem no Rio de Janeiro etapas do processo de confecção de roupas e peças de vestuário podem aderir a tal regime, o que implica uma apuração de imposto equivalente a 2,5% do valor das saídas praticadas (art. 2º da Lei). Tal contribuinte, para isso, precisará estornar os créditos referentes ao imposto destacado nas etapas anteriores (art. 2º, § 1º, da Lei). Assim, imagine-se o exemplo de um contribuinte que adquira insumos e bens empregados no processo produtivo no valor de 100 reais, com destaque de 20 reais de ICMS.

Tal contribuinte dá saída a determinados produtos, resultantes daqueles insumos, no valor de 200 reais. Ele, então, apurará 2,5% deste valor e pagará ICMS no montante de 5 reais, estornando o crédito da etapa anterior, de 20 reais. Ele terá um custo, portanto, de 25 reais de imposto.

Sem o benefício fiscal, ele teria contra si um crédito de 20 reais e um débito de 40 reais e, assim, um saldo a pagar de 20 reais. Sua carga tributária seria, em tese, de 40 reais (e não de 25 reais), já que teria arcado com 20 reais de imposto pela aquisição dos insumos e bens empregados no processo produtivo e mais 20 reais por ocasião da saída, após apurar um débito de 40 reais e descontar o crédito de 20 reais.

Isso, talvez, já tivesse, por si só, o mesmo efeito de um crédito presumido, senão vejamos. Imagine-se agora a mesma aquisição de insumos e bens empregados no processo produtivo por 100 reais e incidência de 20 reais de ICMS, mas contemplada por um crédito presumido de 33% do valor das aquisições (100 reais), ou, ainda um crédito presumido de 17,5% do valor das saídas (200 reais).

Qual seria o efeito disso? Um débito de 40 reais contra um crédito de 35 reais. E o contribuinte recolheria um saldo de 5 reais, que, adicionados aos 20 reais do custo de aquisição, resultaria na mesma carga de 25 reais.

Em termos de efeitos, temos mesmas implicações decorrendo tanto da forma como a legislação daquele estado definiu o funcionamento do benefício como das formas hipoteticamente delineadas acima. Materialmente, o regramento já parece, em princípio, implicar o mesmo efeito de um crédito presumido. Isso porque, o “crédito nominal” (35 reais, no exemplo acima) é maior que o “crédito real” (20 reais, no exemplo acima), para usar as expressões de Alcides Jorge Costa¹⁷.

Mas isso fica patente quando se leva em conta que a legislação fluminense determina que tal benefício só se concretize na apuração do imposto. É somente nesse momento que o contribuinte estorna os créditos das etapas anteriores e aplica o 2,5% sobre o valor de suas saídas, devendo as notas fiscais serem emitidas normalmente, com destaque de 20% de ICMS, como se não houvesse qualquer benefício (art. 4º da Lei).

Isso significa que embora esse contribuinte tenha um ônus de apenas 25 reais de ICMS a nota fiscal por ele emitida vai conter o destaque do ICMS a uma alíquota de 20%, ou seja, 40 reais de imposto. Por conta disso, quem dele adquirir mercadorias vai se creditar desses mesmos 40 reais, 15 reais, portanto, a mais que o imposto efetivamente suportado, o que revela indiscutível crédito presumido, inclusive, no sentido de implicar renúncia de receita, afinal, no exemplo hipotético, o mesmo Estado do Rio de Janeiro que só recebe 25 reais de imposto concede para a etapa seguinte um crédito de 40 reais.

Isso fica ainda mais evidente que se considerar que no setor de confecções, em geral, cada contribuinte executa uma etapa do processo. Assim, é bastante plausível, e até muito comum, que todos os produtores dessa cadeia estejam enquadrados no regime, de modo que em todas as etapas se tem um destaque de imposto inferior ao que efetivamente recolhido, o que só potencializa o benefícios fiscal pela perspectiva do contribuinte e a renúncia fiscal pela perspectiva do Estado. Com uma anulação do efeito de recuperação que se perpetua, aumenta e fortalece a cada etapa.

Ocorre que a referida legislação, em momento algum, se utiliza da expressão “crédito presumido”. Contudo, como evidenciado, determina o destaque normal do imposto, como se nenhum benefício houvesse (art. 4º). O contribuinte deve destacar normalmente o imposto e apenas posteriormente, ao momento da apuração mensal, aplicar uma alíquota de 32,5% sobre as saídas (art. 2º) e desconsiderar o débito e o crédito que seriam decorrentes do imposto destacado em suas

¹⁷ COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 131.

notas fiscais de entrada e aquele destacado nas notas fiscais emitidas por seus fornecedores (art. 2º, § 1º), em outros termos, renunciando ao crédito do imposto efetivamente destacado em suas aquisições e desconsiderando o débito do imposto efetivamente destacado em suas saídas.

Isso faz com que o adquirente das mercadorias contempladas por tal benefício fiscal se credite normalmente do imposto destacado nas notas, sem que haja qualquer oneração sobre ele, do benefício fiscal incidente sobre a transação anterior, que se consolida a cada etapa. Isso torna claro que o legislador concretizou a uma efetiva renúncia fiscal, sem qualquer efeito de recuperação. Ora, anulado o possível efeito de recuperação e configurada a efetiva renúncia de receita a atrair a incidência do princípio federativo, é irrelevante que o legislador se refira expressamente a ao termo “crédito presumido”.

Esta lógica está presente em muitos benefícios fiscais concedidos por estados, ainda que sem qualquer menção à expressão “crédito presumido”, até porque os agentes que desenham política fiscal sabem da pouca atratividade de benefícios fiscais que representem mero diferimento, ou seja, que tenham efeito de recuperação. E é isso que precisa ser levado em conta na análise concreta de benefícios fiscais de ICMS à luz da jurisprudência do STJ sobre a exclusão desses benefícios da base de cálculo dos tributos federais, especialmente, aqueles julgados nos casos paradigmáticos mencionados, o imposto de renda da pessoa jurídica e a contribuição social sobre o lucro líquido.

4. Considerações finais

Como mencionado acima, não é verdade que os benefícios fiscais (isenções, por exemplo, sem crédito) que impliquem mero diferimento não representem efetivas renúncias fiscais. Dito de outro modo, não é correto afirmar que o efeito de recuperação anula a renúncia fiscal, pois a recuperação de um tributo desonerado pode ser experimentada por um estado diverso daquele que deu o benefício fiscal. Aliás, talvez seja isso o que ocorre na maioria das vezes.

Esta premissa assumida pelo STJ na formação da sua jurisprudência sobre a tributação pela União de benefícios fiscais concedidos pelos estados-membros é, portanto, bastante equivocada. É uma premissa fática falsa. E, talvez, até valesse dedicar um outro trabalho especificamente a esta questão, a demonstrar, de forma cabal, a falsidade desta premissa.

Contudo, o objeto deste ensaio é outro e, por isso, se assumiu a premissa do STJ, de que o efeito de recuperação exclui a efetividade de uma renúncia fiscal. E, assim, procurou-se demonstrar que muitos benefícios fiscais concedidos pelos estados brasileiros não têm qualquer efeito de recuperação, muito embora seus regramentos não façam referência expressa a um crédito presumido. E, neste caso, parece indiscutível que se tratará materialmente de um “crédito presumido” para os fins de aplicação da jurisprudência daquele tribunal superior a respeito

da tributação pela União dos incentivos fiscais recebidos por empresas em relação ao ICMS.

Referências

- BIANCO, João Franciso. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. *Revista Direito Tributário Atual* (20/90), 2006.
- COSTA, Alcides Jorge. *O ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.
- FAJERSZTAJN, Bruno; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Algumas controvérsias sobre o novo regime tributário das subvenções para investimento previsto na Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 71-98.
- FERNANDES, Fabiana Carsoni. As subvenções para investimento na Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 173-198.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação das subvenções para investimento. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 59-70.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Subvenções e crédito da Lei n. 14.789. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: aspectos jurídico-tributários e contábeis*. São Paulo: MP, 2023. v. 46, p. 483-500.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo André. A classificação das subvenções: origens históricas de um problema contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: aspectos jurídico-tributários e contábeis*. São Paulo: MP, 2023. v. 46, p. 503-534.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. A Lei 14.789/2023 e a jurisprudência do STJ: incompatibilidades e suas consequências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 295-320.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo André. As subvenções e as reservas de lucros na Lei 12.973/14: a (ainda relevante) compreensão de sua contabilização. In: ROCHA, Sergio André (org.). *Contabilidade, IFRS e tributação: homenagem a Elidie Palma Bifano*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 655-688.

- TAKANO, Caio Augusto; MARINI, Thiago. Desafios e perspectivas do novo regime tributário de subvenções para investimento: análise à luz da Lei n. 14.789/2023. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (org.). *Subvenções fiscais: comentários à Lei 14.789/2023*. 1. ed. São Paulo: MP, 2024, p. 99-116.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. V. II. Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Artigos de Autores (não Submetidos ao Sistema
de Avaliação *Double Blind Peer Review*)

O IPTU e as Concessionárias de Serviço Público: uma Questão aparentemente Inacabada¹

Property Tax (IPTU) and Public Service Concessionaires: an Apparently Unfinished Issue

Álvaro Luis Ribeiro Reis

Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: alvaroluis1917@hotmail.com.

Artur Rico Rolim

Advogado. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Tributação Internacional pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado em Licitação e Contratos Administrativos pela Fundação Arcadas. *E-mail:* arturrico@gmail.com.

Brunna Regina Picote

Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário e em Direito Empresarial e Econômico pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Secretária da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR. *E-mail:* brunnapicote@gmail.com.

Murilo Marcilio Zilinski

Graduando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Estagiário de na área de Direito Público. Integrante do grupo de pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT Jovem). *E-mail:* zilispo@gmail.com.

Rodolfo Paolo Costa de Souza

Advogado. Formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Pesquisador no Instituto de Aplicação do Tributo, no grupo Igualdade, Diversidade, Democracia e Tributação e no IBDT. *E-mail:* rodolfopaolesouza@gmail.com.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.13.2025.2870>

Resumo

Este artigo analisa a afetação e o mérito do Tema de Repercussão Geral n. 1297, que trata da aplicabilidade da imunidade tributária às concessionárias de serviço público, para fins de incidência do IPTU. A partir de um estudo detalhado dos aspectos fático-jurídicos referentes às demais repercussões gerais sobre a matéria (Temas n. 385, n. 437, n. 508 e n. 1.140), pretende-se examinar se, de fato, a questão submetida à análise do egrégio Supremo Tri-

¹ Este artigo resume parte das conclusões do grupo de pesquisa “O fato gerador do IPTU na jurisprudência dos tribunais superiores” do IBDT Jovem e a manifestação apresentada pelo grupo à Advocacia-Geral da União no âmbito da Tomada de Subsídios Sejan/AGU n. 01/2024.

bunal Federal (STF) no Tema n. 1.297 apresenta particularidades que a distinguem dos demais casos julgados e, além disso, se não seria possível decidir o *leading case* com base nas teses fixadas nos outros temas que tratam da matéria.

Palavras-chave: IPTU, imunidade recíproca, concessionária, serviço público, atividade econômica.

Abstract

This paper analyzes the admissibility and merits of Theme n. 1297 of General Repercussion of the Brazilian Supreme Court, which addresses the applicability of tax immunity to public service concessionaires, with regard to the levy of the Urban Property Tax (IPTU). Based on a detailed study of the factual and legal aspects involved in other general repercussion themes on the subject (Themes n. 385, 437, 508, and 1140), the objective is to assess whether the issue submitted for review by the esteemed Brazilian Supreme Federal Court in Theme n. 1297 presents specific features that set it apart from previously adjudicated cases and, furthermore, whether it would be possible to resolve the leading case based on the legal doctrines established in those related themes.

Keywords: IPTU, reciprocal immunity, concessionaires, public service, economic activity.

1. Introdução

A imunidade tributária das prestadoras de serviços públicos é um tema reiteradamente submetido à apreciação do Supremo Federal (STF)². Apesar de toda tinta gasta para delimitação da amplitude da imunidade nessas hipóteses, a Corte Constitucional foi novamente instada a se manifestar sobre a questão na Repercussão Geral n. 1.297 (RE n. 1.479.602).

O recurso, originado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG³), discute a possibilidade de cobrança de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre as áreas utilizadas por concessionária na prestação de serviço público de transporte ferroviário. O Tribunal negou a imunidade, sob o argumento de que o caso dos autos se enquadrava nas teses fixadas nas Repercussões Gerais n. 508 e n. 1.140, as quais vedam a extensão da imunidade para as concessionárias de capital aberto.

Quando da afetação do recurso, o STF entendeu que a questão discutida nos autos não se confundia com o debate travado nos temas de repercussão geral supracitados, pois a questão sob análise seria o tratamento destinado ao bem objeto

² Cite-se, como exemplo, as Repercussões Gerais n. 115 (RE n. 580.264), n. 235 (RE n. 601.392), n. 385 (RE n. 594.015), n. 402 (RE n. 627.051), n. 412 (ARE n. 638.315 AgR), n. 437 (RE n. 601.720), n. 508 (RE n. 600.867), n. 644 (RE n. 773.992), n. 844 (RE n. 928.902) e n. 1.140 (RE n. 1.320.054).

³ Apelação Cível n. 1.0000.21.139444-0/001.

da concessão, e não uma análise quanto aos aspectos subjetivos do titular da concessão do serviço (que teria sido feita nos precedentes anteriores).

Nesse artigo, propomos avaliar se há efetiva distinção da Repercussão Geral n. 1.297 com os outros temas sobre a imunidade das concessionárias quanto ao IPTU. Para tanto, será feita uma exposição inicial sobre a imunidade tributária recíproca. Na sequência, serão analisados os fundamentos dos Temas n. 385, n. 437, n. 508 e n. 1.140. Ao final, serão feitas considerações quanto ao acerto da afetação do Tema n. 1.297 e sobre qual conclusão seria a mais coerente com a jurisprudência até então formada no STF.

2. Imunidade tributária

A imunidade, como gênero, pode ser entendida como norma constitucional que, ao vedar a expedição de regras instituidoras de tributo sobre fatos específicos, reduz horizontalmente o escopo da norma de atribuição do poder tributário, tendo por efeito a limitação da competência tributária dos entes políticos⁴.

É norma essencialmente negativa, pois exclui certos fatos do campo de incidência tributária, que do contrário estariam tipicamente incluídos⁵. Por exemplo, ao dizer-se indistintamente que a propriedade urbana é tributável, a consequência necessária é que todos os vínculos jurídicos enquadrados nessa categoria sejam tributados. Para proteção de certos vínculos de propriedade (como a dos imóveis públicos), é constituída restrição normativa, negando a extensão da norma de competência. Assim, a propriedade dos imóveis urbanos está conceitualmente incluída dentro da categoria “propriedade urbana”, mas normativamente excluída por uma regra de exceção.

Dentre as espécies de imunidade, destaca-se a recíproca, correspondente à intributabilidade de determinadas pessoas jurídicas que estão em relação de equivalência hierárquica. Referida imunidade é constituída no texto constitucional nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

⁴ A definição resume as considerações sobre imunidade feita pelos seguintes autores: BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 375; CARRAZZA, Roque Antonio et al. *Imunidades tributárias*. Elizabeth Nazar Carrazza (coord.). Daniel Moreti (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 816; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021, p. 195-196; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 258; PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 157 [e-book]; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 124.

⁵ BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 377.

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 2º A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público e à empresa pública prestadora de serviço postal, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

A regra contida na alínea *a* do inciso VI do art. 150 da CF estabelece vedação ao exercício da competência tributária sobre as manifestações de riqueza reveladas pelos demais entes federativos. É imunidade subjetiva pois decorre da natureza do contribuinte: o patrimônio, a renda e os serviços são intratributáveis por serem de titularidade de uma pessoa específica, e não em si mesmos.

Nesse sentido, a impossibilidade de cobrar-se o IPTU sobre imóveis de titularidade de União, Estados, Municípios e Distrito Federal decorre do fato de referidos entes não serem passíveis de enquadramento como sujeitos passivos da obrigação tributária. A imunidade recíproca não é decorrência de fatos referentes aos objetos, mas sim da situação especial dos sujeitos a eles vinculados.

Porém, é inegável a existência de certo hibridismo⁶ dos critérios subjetivo e objetivo na extensão na imunidade recíproca, como no caso das autarquias e fundações. Se os entes políticos gozam de imunidade plena, os entes da administração indireta citados gozarão de imunidade (na condição de *pessoas* de direito público⁷), mas apenas quanto ao patrimônio, renda e serviços que estejam vinculados com suas finalidades ou delas decorrentes (o que corresponde a uma situação específica do *objeto* da tributação)⁸.

Assim, a imunidade recíproca originária é precipuamente subjetiva, sendo expressamente estabelecida uma especificidade na Constituição que a amplia para entes da administração indireta, mas cria uma trava de natureza objetiva. De todo modo, é válido concluir que a imunidade recíproca é essencialmente subjetiva, já que a natureza do titular é requisito essencial para sua incidência.

A impossibilidade de tributação decorre de dois argumentos centrais: isonomia (equivalência hierárquica entre os entes federativos) e falta de capacidade

⁶ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 154.

⁷ GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Imunidade recíproca. *Revista da AGU* ano XIII, n. 40. Brasília, abr./jun. 2014, p. 59-88. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/406/2909>. Acesso em: 01 maio 2025, p. 68.

⁸ Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Aspectos controvertidos da imunidade recíproca na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Pensamento Jurídico* v. 15, n. 1. São Paulo, jan./abr. 2021, p. 231-247. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/download/486/393/962>. Acesso em: 01 maio 2025.

contributiva (o patrimônio dos entes públicos já se destina à satisfação dos interesses da coletividade)⁹.

Quanto ao primeiro, a organização entre União, Estados e Municípios não se dá mediante o estabelecimento de hierarquias, mas por meio de definição de competências normativas próprias. No âmbito de suas competências, estão blindados contra a intervenção dos outros, o que é decorrência da positivação de um modelo no qual os entes federativos são tratados como iguais, por serem todos titulares de parcela do poder estatal¹⁰. Ora, o reconhecimento da igualdade implica a inexistência de superioridade (por uma relação de contradição lógica) e, por consequência, afasta de *per se* o poder de tributar. Isso porque o ato de tributar é expressão da soberania, isto é, é expressão de um exercício de poder¹¹, por implicar na constituição unilateral de obrigações sobre um terceiro.

Quanto ao segundo, os entes políticos não revelam capacidade contributiva pois a finalidade do tributo é o custeio coletivo do bem público¹². Se as receitas dos entes já “servem para custear a realização dos respectivos encargos constitucionais”¹³, não há que se falar em capacidade contributiva, pois a finalidade da tributação já foi necessariamente atendida. Assim, os entes não estão sujeitos ao dever de solidariedade no pagamento de impostos, pois seus recursos já pertencem à coletividade¹⁴ e são voltados à satisfação do bem comum.

Porém, se a isonomia e a ausência de capacidade contributiva se prestam para atrair a imunidade, igualmente servem para estabelecer seus limites quanto à administração indireta. Justamente por isso a Constituição excepcionou expressamente certas pessoas do âmbito da imunidade, em razão da atuação econômica:

“Art. 150 [...]

IV – [...]

[...]

⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275. FERRAZ, André Santos. O descabimento da imunidade tributária recíproca em face da Correios Celular sob o prisma do princípio da livre concorrência. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 67-89.

¹⁰ DERZI, Misabel A. M. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista de Estudos Institucionais* v. 4, n. 1, 2018, p. 118-157.

¹¹ ARENHART, Fernando. Imunidade recíproca e federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* v. 3, n. 2, 2013, p. 15.

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas acerca da imunidade tributária: limites a uma limitação do poder de tributar. In: PEIXOTO, Marcelo; FERNANDES, Edison (coord.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 394.

¹³ FERRAZ, André Santos. O descabimento da imunidade tributária recíproca em face da Correios Celular sob o prisma do princípio da livre concorrência. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 79.

¹⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 128.

§ 3º As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.”

Nesse ponto a Constituição cria uma *restrição objetiva* à imunidade recíproca, ao estabelecer que certos bens, rendas e serviços não serão imunes, em razão de estarem destinados à exploração econômica e não representarem uma atuação como Estado, mas equiparada ao particular¹⁵. É *restrição objetiva*, pois está baseada na atividade desenvolvida pelo contribuinte, e não na natureza da pessoa jurídica.

Até então, não há grandes dificuldades quanto à definição dos limites da imunidade. A verdadeira dificuldade exegética ocorre nos casos em que não há regra positivada. O texto constitucional explicitamente estende a imunidade recíproca para fundações e autarquias, naquilo que corresponde às suas atividades-fim, mas deixa um vazio nas hipóteses de prestação de serviço público por pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Em decorrência disso, foi exigido exercício de interpretação teleológica da imunidade, por meio do qual se reconheceu a extensão para as empresas estatais que prestem serviço público, sob o fundamento de que essas pessoas atuam como extensão (*longa manus*) do Estado¹⁶.

Essa compreensão não parece estar em desconformidade com a interpretação sistemática da Constituição, já que a imunidade recíproca apenas deveria ser afastada nas hipóteses expressas em que há atividade econômica. A delimitação negativaposta pela Constituição (art. 150, IV, a, CF) é utilizada em sentido positivo: com o fim de dizer que os casos não enquadrados em referida hipótese são contemplados pela imunidade. Novamente aqui revela-se um requisito objetivo, mas que, diferentemente dos outros casos, não é utilizado com fins de limitar a imunidade recíproca, mas sim de atraí-la.

Assim, parte da doutrina caminhou no sentido de ampliar a extensão da imunidade tributária baseando-se em um critério objetivo: a atividade desenvolvida pelo agente. Perde relevância a natureza jurídica de direito privado da pres-

¹⁵ FREITAS, Leonardo Buissa; BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* n. 28. São Paulo: IBDT, 2012, p. 132-148, p. 141.

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio et al. *Imunidades tributárias*. Elizabeth Nazar Carrazza (coord.). Daniel Moreti (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 p. 842; ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 279-280; PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 161.

tadora do serviço, já que o essencial é a atividade, que não perde seu regime em razão da natureza do prestador.

A imunidade tem por fim garantir a prestação desembaraçada das obrigações constitucionais. Se a pessoa jurídica é constituída com o propósito exclusivo de proceduralizar referida prestação, a sua natureza não desnatura os fundamentos da imunidade: ela não é equivalente aos entes políticos (por ser pessoa jurídica de direito privado), mas é equiparada por assumir uma obrigação do ente imune e tem sua autonomia financeira garantida para satisfação dessa obrigação.

Ainda que a jurisprudência histórica do STF tenha seguido essa compreensão¹⁷, que nos parece correta, há uma oscilação relevante a depender da situação concreta em caso. Nesse sentido, há situações nas quais, mesmo diante da prestação de serviço público pela entidade da administração indireta, houve o afastamento da imunidade recíproca.

De modo a avaliar o entendimento do STF nesses casos, analisaremos as decisões proferidas no âmbito das repercussões gerais antes mencionadas¹⁸. Destacaremos o foco atribuído aos aspectos subjetivos e objetivos da imunidade recíproca, com o fim de avaliar, ao final, se há efetiva distinção entre as repercussões gerais anteriores e a discussão no Tema n. 1.297.

3. Tema n. 385

O Tema n. 385 (RE n. 594.015) resultou em uma das grandes manifestações do STF sobre a imunidade das concessionárias quanto ao IPTU. Discutiu-se, na hipótese, se a imunidade recíproca alcançaria a Petrobras S.A., sociedade de economia mista que era arrendatária de terreno pertencente à União, destinando-o para realização de atividades relacionadas à exploração de petróleo¹⁹.

Conforme argumentos da concessionária, o fato de que a área era (i) destinada à prestação de serviço de relevante interesse público (*critério objetivo*) e (ii) de propriedade da União (*critério subjetivo*), fazia com que a imunidade fosse atraída por ambos os critérios. Ademais, o IPTU não poderia ser cobrado do possuidor precário, de modo que não haveria fato gerador da exação.

¹⁷ Citem-se RE n. 407.099, RE n. 363.412 AgR, ACO n. 765, AC n. 1.851 QO, AI n. 748.076 AgR, RE n. 951.445 AgR, RE n. 897.104 AgR, ARE n. 905.129 AgR, RE n. 1.311.495 ED-AgR, RE n. 829.221 AgR, ARE n. 1.468.879 AgR, RE n. 1.311.509 AgR, ARE n. 816.538 AgR.

¹⁸ Considerando as limitações de número de páginas, as análises darão prioridade ao voto vencedor e ao voto de instauração da divergência. O posicionamento de cada ministro será destacado em quadro específico, no qual indicaremos (i) a questão submetida para julgamento (segundo nossa interpretação dos acórdãos, sem vinculação necessária com a redação dada pelo Relator), (ii) a tese fixada e (iii) o principal fundamento adotado em cada voto. A metodologia busca elucidar a efetiva *ratio decidendi* que orientou as conclusões do Tribunal, considerando a possibilidade de diferença de fundamentos entre ministros – mesmo na hipótese de concordância quanto à tese.

¹⁹ Na situação concreta, houve cessão do imóvel da União para a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), que o arrendou posteriormente para a Petrobras S.A.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a imunidade teria natureza *subjetiva* e que não poderia ser estendida para as sociedades de economia mista ou empresas públicas por ausência de previsão no art. 150 da CF, que havia apenas reconhecido imunidade para autarquias e fundações. No seu entender, as pessoas jurídicas de direito privado da administração pública estão sujeitas ao art. 173, § 2º, da CF, sendo vedada a concessão de qualquer benefício fiscal específico que não seja extensível aos demais particulares (o que implicaria violação à livre concorrência).

No mesmo sentido, destacou que a arrendatária explorava atividade econômica, ainda que de relevante interesse público, o que de *per se* afastaria a qualificação como operação imune (*critério objetivo*). Não estaria em jogo, por consequência, prejuízo ao pacto federativo, pois a tributação não afetaria a “autonomia” e o “respeito mútuo entre os entes”.

Apesar de eventuais diferenças na fundamentação, a conclusão foi acompanhada pela maioria, com exceção dos Ministros Edson Fachin, Cármem Lúcia e Celso de Mello (acompanhando a divergência instaurada pelo primeiro).

O voto do Ministro Edson Fachin centrou-se na ideia de que não haveria hipótese de incidência, pois apenas posse com *animus domini* seria capaz de ensejar o IPTU, o que afastaria a sujeição passiva da arrendatária. Enfatizou que havia vasta jurisprudência no STF no sentido de conceder a imunidade recíproca e argumentou que o mero arrendamento de um bem público não torna o arrendatário sujeito passivo da obrigação tributária. Especificamente sobre a imunidade, consignou que o imóvel público utilizado para exploração de atividade de utilidade pública remanesce imune ao IPTU, nos termos do art. 150, VI, *a*, da CF – não procurou estender a imunidade com base no argumento da destinação, mas apenas destacou que não prejudicaria a imunidade “detida” pelo imóvel em razão de ser titularizada por ente político.

O Tribunal, ao final, fixou por tese, conforme as seguintes linhas de fundamentação²⁰:

²⁰ Apesar de não estar diretamente relacionado à questão da imunidade, é importante notar uma significativa mudança na jurisprudência da Corte quanto às características necessárias para que a posse configure fato gerador do IPTU. O voto vencedor enfatiza a possibilidade de cobrar o tributo de qualquer tipo de possuidor, em contraste com o entendimento anterior, que restringia a exigência ao possuidor com *animus domini*. Apesar da relevância da questão, não focaremos nas discussões quanto ao fato gerador do IPTU, por fugir ao escopo do artigo.

Questão submetida a julgamento: definir se imóvel de titularidade de ente público, quando arrendado à sociedade de economia mista para prestação de atividade de interesse/utilidade público(a), goza de imunidade.

Tese fixada: a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município.

Ministro	Acolheu a tese?	Ratio Decidendi do voto
Marco Aurélio	Sim	A imunidade recíproca não se aplica à sociedade de economia mista por ausência de previsão no art. 150 da CF ²¹ .
Edson Fachin	Não	Imóvel de propriedade dos entes federativos, ainda que destinado à exploração de atividade dotada de utilidade pública, permanece contemplado pela imunidade do art. 150, VI, a, da CF.
Luís Roberto Barroso	Sim	Arrendatária que exerce atividade econômica está incluída na vedação à imunidade prevista no art. 150, § 3º, da CF.
Alexandre de Moraes	Sim	A desafetação do imóvel de sua finalidade pública para satisfação de interesses particulares afasta a imunidade.
Rosa Weber	Sim	A imunidade não abrange empresa que explora atividade econômica com fins lucrativos.
Luiz Fux	Sim	Apenas as estatais prestadoras de serviço público gozam de imunidade.
Ricardo Lewandowski	Sim	Acompanha Ministro Marco Aurélio.
Cármem Lúcia	Não	A jurisprudência do STF se formou no sentido de reconhecer a imunidade da CODESP, por ser prestadora de serviço público.
Celso de Mello	Não	Acompanha Ministro Edson Fachin.
Dias Toffoli	Ausente	—
Gilmar Mendes	Ausente	—

²¹ Uma análise da fundamentação dos votos revela que a interpretação proposta pelo Ministro Marco Aurélio, apesar da aprovação final, não foi adotada integralmente pela maioria. O entendimento esposado pelo Relator segue a compreensão de que as sociedades de economia mista estão necessariamente afastadas da imunidade recíproca, enquanto a compreensão da maioria foi a de que essa restrição se aplicaria apenas para aquelas destinadas à exploração de atividade econômica.

Conforme os votos que compuseram a maioria, apesar das diferenças de fundamentação, o grande impeditivo para reconhecimento do pleito da arrendatária foi o reconhecimento da incompatibilidade entre exploração de atividade econômica e a imunidade, aplicando-se a vedação de natureza objetiva prevista no art. 150, § 3º, da CF, sob pena de invalidação da livre concorrência²².

Sobre isso, é de destaque o fato de que, apesar de vencedor, o voto do Ministro Marco Aurélio seguia a orientação de que o modelo das sociedades de economia mista é incompatível com a imunidade (aplicação pura de *critério subjetivo*). Porém, a fundamentação que logrou adesão pela maioria foi a de restringir a imunidade apenas para aquelas exploradoras de atividade econômica (aplicação de *critério subjetivo com limitação/extensão objetiva*). Reconheceu-se a existência de um cenário no qual entidades de direito privado da administração indireta podem gozar de imunidade (conforme a jurisprudência histórica do STF mencionada anteriormente); porém não aquelas destinadas à exploração de atividade econômica.

Resposta que se adequa aos fundamentos veiculados no recurso da Petrobras, que pleiteava a imunidade não com base em sua natureza jurídica (*critério subjetivo*), mas sim quanto à destinação dada ao imóvel (*critério objetivo*), que, no seu entender, estaria afetado à satisfação de atividade de interesse público e monopólio da União. Desse modo, o pleito discutia a imunidade desde uma *perspectiva objetiva*, relacionada à distinção do bem.

Apesar disso, o Tribunal entendeu que a exploração de atividade econômica pelo ente da administração indireta, mesmo evidenciado o interesse público da atividade, seria insuficiente para atrair a imunidade. As sociedades de economia mista não teriam imunidade em si mesmas e a extensão segundo *critérios objetivos* não se aplica quando haja atividade com finalidade lucrativa. Assim, o Tribunal decidiu o mérito mediante a aplicação/análise de *critério objetivo* para avaliação da imunidade (vinculado à destinação do bem).

4. Tema n. 437

O Tema n. 437 (RE n. 601.720), julgado poucos dias após o anterior, abordava questão similar, com a exceção de que a possuidora do imóvel não era ente da

²² SILVA, Suênio Waltemberg Gonçalves e; SANTOS, Ramon Rocha. O julgamento dos Recursos Extraordinários n. 594.015 e 601.720 e a revisão jurisprudencial a respeito da legitimidade passiva do IPTU na hipótese de possuidor sem *animus domini*. *Revista de Direito Tributário e Financeiro* v. 4, n. 1. Florianópolis, 2018, p. 51-68. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/4438>. Acesso em: 29 abr. 2025, p. 15. SILVA, Sidney Feitosa da. Análise da imunidade tributária recíproca do IPTU na locação de imóvel particular pela administração pública. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí*, 4(1). Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2024/06/Analise-da-imunidade-tributaria-reciproca-do-IPTU-na-locacao-de-imovel-particular-pela-administracao-publica.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2025, p. 84.

administração indireta. No caso dos autos, uma empresa privada (Barrafor Veículos Ltda.) havia obtido a concessão de área em aeroporto de propriedade da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), explorando-a para atividade econômica de revenda de veículos.

A relatoria estava a cargo do Ministro Edson Fachin, que reproduziu a mesma compreensão do voto divergente no Tema n. 385. Defendeu a interpretação conforme do Código Tributário Nacional, com o fim de limitar a posse tributável apenas para aquela próxima à ideia de propriedade (com *animus domini*). Igualmente, destacou que a jurisprudência consolidada do STF reconhecia a posse exercida pelo cessionário como de caráter precário e desdoblado, sendo insuficiente para caracterizar o IPTU.

Entretanto, o entendimento majoritário foi favorável à posição do Ministro Marco Aurélio, responsável por instaurar a divergência. Na sua compreensão, as pessoas de direito privado são, essencialmente, exploradoras de atividade econômica e não foram acobertadas pela prerrogativa da imunidade. Entendimento contrário seria prejudicial à livre concorrência. Igualmente, aponta que o art. 150 da CF, no teor de seu § 3º, estabelece clara ressalva no sentido de que, uma vez verificada a exploração de atividade econômica, nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público são abrigadas pela imunidade recíproca, quanto menos a particulares. Nesses termos, seria inconcebível o reconhecimento da imunidade na hipótese.

Ao final, seguindo o que havia sido decidido dias antes, fixou-se a seguinte tese, com as seguintes linhas de fundamentação sendo adotadas:

Questão submetida a julgamento: definir se os imóveis de propriedade de ente público, quando cedidos a particular, gozam de imunidade.

Tese fixada: incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.

Ministro	Acolheu a tese?	Ratio Decidendi do voto
Edson Fachin	Não	A posse precária da cessionária não qualifica fato gerador do IPTU e a cedente (Infraero) teve sua imunidade reconhecida na jurisprudência do STF ²³ .
Marco Aurélio	Sim	A cessionária que exerce atividade econômica estaria incluída na vedação do art. 150, § 3º, da CF. Assim, a imunidade é inextensível para particulares.

²³ Trata-se de argumentos complementares. Ao dizer que a posse precária não enseja IPTU, o Ministro Edson Fachin desqualifica sua sujeição passiva. Ao reconhecer que a Infraero detém imunidade, invalida a eficácia do dispositivo no contrato de cessão que previa a transferência dos ônus tributários para a cessionária (por inexistência de obrigação da cedente).

Luís Roberto Barroso	Sim	A tributação de particular não prejudica o pacto federativo ou a autonomia dos entes.
Alexandre de Moraes	Sim	A desafetação do imóvel de sua finalidade pública para satisfação de interesses particulares afasta a imunidade.
Rosa Weber	Sim	Acompanha Ministro Marco Aurélio.
Luiz Fux	Sim	Acompanha Ministro Marco Aurélio.
Ricardo Lewandowski	Sim	Se sociedade de economia mista que explora atividade econômica não tem direito a imunidade, e tampouco (“ainda menos”) o particular.
Celso de Melo	Não	Acompanha Ministro Edson Fachin.
Cármem Lúcia	Sim	A imunidade recíproca não visa favorecer empresas privadas, sujeitas à livre concorrência.
Dias Toffoli	-	-
Gilmar Mendes	-	-

Os fundamentos adotados pelo Tribunal, apesar de reduzidas diferenças quanto ao ponto de destaque, seguem em conformidade com a orientação da incompatibilidade entre a imunidade e a exploração de atividade econômica. Porem, em argumento ulterior, há o reconhecimento pela maioria de que a imunidade recíproca não visa resguardar os interesses de particular. Assim, a sociedade empresária privada não poderia ser contemplada pela imunidade, pois a extensão da imunidade por *critérios objetivos* requer a presença daquele *lastro subjetivo* originário da imunidade recíproca: a natureza estatal. Nesse julgamento, portanto, houve relevância do *aspecto objetivo* da imunidade, mas com um destaque especial para a *natureza subjetiva* da imunidade.

5. Tema n. 508

A interpretação dos institutos da imunidade terá uma definição importante no Tema n. 508 (RE n. 600.867). O recurso, interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), buscava a revisão de acórdão que havia negado a imunidade para a sociedade de economia mista quanto ao IPTU, com fulcro na aplicação da vedação de concessão de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado.

A companhia alegava que a prestação de serviço público, na condição de delegatária de serviço público e sem concorrência no Estado de São Paulo, fundamentaria a extensão da imunidade recíproca, já que se submeteria ao art. 175 da CF. No mesmo sentido, a sua natureza de sociedade de economia mista não prejudicaria esse aspecto, pois sua finalidade seria a prestação de serviço público, sem a finalidade de lucro.

O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, adotou, como elemento fundamental do seu voto, a ideia de que a concessão da imunidade não tem por finalidade o incremento patrimonial, mas sim assegurar garantias indissociáveis do Estado e o interesse público. Assim, não haveria fundamento para sua extensão para empreendimentos que detêm capacidade contributiva e cuja finalidade é a distribuição de resultados para empreendedores.

Nos termos do seu voto não haveria reprovabilidade na distribuição de lucros, seja ao particular ou ao Estado, mas que isso não poderia ser cumulado com prerrogativas próprias do Estado, que não tem como propósito imanente a geração de riqueza. Sempre que um ente federado criasse instrumentalidade capaz de acumular e distribuir lucros, não haveria qualquer risco ao pacto federativo capaz de justificar a imunidade.

Para identificar o intuito lucrativo da concessionária, adotou como elemento fulcral os dados societários da Sabesp, sinalizando se tratar de (i) sociedade de capital aberta, (ii) com ações negociadas em bolsa, (iii) que obteve lucro líquido de R\$ 475 milhões no exercício e (iv) cujo resultado positivo seria distribuído a investidores. Com base nesses elementos, entendeu que a finalidade da estatal era a distribuição de lucros, ainda que sua atividade-fim fosse a prestação de serviços de esgotamento e fornecimento de água, tipicamente públicos.

No seu entender, não haveria vedação ao lucro ou à abertura de capital pelos entes da administração indireta. Porém, nos casos em que ocorresse, seria necessário que fosse acompanhada das consequências normativas correspondentes. Tampouco seriam incompatíveis o intuito lucrativo e a prestação de serviço público, mas sim o intuito lucrativo e a imunidade. Nesses termos, negou provimento ao recurso com vistas a reconhecer a ausência de imunidade da Sabesp, por identificar intuito lucrativo na exploração do serviço público.

Esse entendimento foi acompanhado, ainda que com diferença parcial de fundamentos, pela maioria, havendo uma clara preocupação com a ideia de distribuição de lucros como marcador da exploração de atividade econômica²⁴. Tal fato seria capaz de afastar os fundamentos da imunidade recíproca: (i) proteção ao federalismo (autonomia e igualdade dos entes) e (ii) ausência de capacidade contributiva. Quando não há prejuízo para a harmonia federativa, não haveria que desprover os entes políticos de seus legítimos recursos, entenderam.

Foi instaurada divergência pelo Ministro Luís Roberto Barroso, defendendo a jurisprudência majoritária da corte, que reconhecia a imunidade para empresas públicas e sociedades de economia mista que fossem prestadoras de serviço público. Em seu entender, o fator distribuição de lucro é irrelevante, sendo suficiente

²⁴ Elemento que já havia sido destacado, ainda que de forma reduzida, no julgamento do Tema n. 385.

para o reconhecimento da imunidade (i) a prestação de serviço público (ii) em ambiente não concorrencial. Se o serviço público não é prestado de forma concorrencial, não haveria por que incidir o art. 173, § 2º, da CF.

A divergência instaurada baseia-se no entendimento da suficiência e preponderância da prestação de serviço público sobre os efeitos colaterais de sua prestação, qual seja, o incremento patrimonial dos entes políticos e de particulares. Ademais, como o serviço público não seria enquadrável como intervenção no domínio econômico e tampouco havia atuação em regime concorrencial, não estavam presentes elementos aptos a atrair a aplicação da restrição prevista no art. 173, § 2º, da CF – pois não haveria a concessão de benefício tributário não extensível aos particulares.

E ainda mais, no entender de Barroso, haveria uma incompatibilidade entre a prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica, para fins de incidência dos dispositivos constitucionais respectivos (art. 175 x art. 173). Seguindo uma linha de defesa da imunidade segundo um *critério objetivo*, reconheceu que a relevância deveria ser posta na natureza jurídica da atividade e não nos aspectos específicos da pessoa jurídica.

Ao final, fixou-se por tese:

Questão submetida para julgamento: definir se a imunidade tributária recíproca alcança sociedade de economia mista cuja composição acionária é objeto de negociação em bolsa de valores e distribui lucros a investidores públicos e privados, em razão das atividades desempenhadas²⁵.

Tese fixada: sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente²⁶, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas.

Ministro	Acolheu a tese?	Ratio Decidendi do voto
----------	-----------------	-------------------------

²⁵ A leitura do recurso apresentado pela Sabesp e das contrarrazões do Município de Ubatuba revelam que a discussão não estava centrada na negociação de ações em bolsa (capital aberto), mas sim à existência ou não de intuito lucrativo. Assim, a questão submetida a julgamento seria mais bem descrita como “definir se a imunidade tributária recíproca alcança sociedade de economia mista distribui lucros a investidores públicos e privados”. Entretanto, considerando que a delimitação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa orientou as fundamentações, mantivemos a definição do Ministro como sendo a questão submetida para julgamento.

²⁶ A utilização do termo inequivocamente destaca o interesse de conciliar dois interesses contrários, que ficaram em destaque no voto do Ministro Luiz Fux (Redator): preservar a possibilidade de que o lucro não implique automática anulação da imunidade (pois isso prejudicaria as empresas públicas e sociedades de economia mista de per se), e afastar a imunidade de pessoas jurídicas que tenha por finalidade primordial a geração de lucro, ainda que através da exploração de serviço público. Entretanto, a ambiguidade do termo prejudica a própria aplicação da tese fixada.

Joaquim Barbosa (Edson Fachin)	Sim* (*porém não votou a tese e adota fundamentação ligeiramente distinta)	A imunidade recíproca é garantia dos entes públicos (pacto federativo) e não pode ser concedida para pessoa jurídica que distribui lucro (detém capacidade contributiv)a ²⁷ .
Teori Zavascki (Alexandre de Moraes)	Sim	A imunidade recíproca não pode ser utilizada para aumentar o lucro de particulares.
Luiz Fux	Sim	A concessionária que exerce atividade econômica estaria incluída na vedação do art. 150, § 3º, da CF, não havendo prejuízo ao pacto federativo na tributação do ente privado.
Luís Roberto Barroso	Não	Prestadoras de serviço público são contempladas com imunidade, pois não exploram atividade econômica.
Rosa Weber	Sim	A concessionária que exerce atividade econômica estaria incluída na vedação do art. 150, § 3º, da CF.
Gilmar Mendes	Sim (parcialmente)	A concessionária que exerce atividade econômica estaria incluída na vedação do art. 150, § 3º, da CF.
Dias Toffoli	Sim	Acompanhou o fundamento do relator, mas usou o argumento do Ministro Marco Aurélio na fixação da tese.
Cármem Lúcia	Não	Prestadoras de serviço público são contempladas com imunidade, pois não exploram atividade econômica.
Ricardo Lewandowski	–	–
Celso de Melo	–	–
Marco Aurélio	Sim (parcialmente)	A concessionária que exerce atividade econômica estaria incluída na vedação do art. 150, § 3º, da CF, aplicando-se o art. 173, § 2º, da CF.

O fundamento central adotado pelo STF, tal como nos temas anteriores, foi a compreensão de que a exploração de atividade econômica afasta a aplicação da

²⁷ Válido destacar que há relativa divergência entre o Relator e outros Ministros (como Teori Zavascki). Enquanto o Ministro Joaquim Barbosa entende que a mera geração de lucro afastaria a imunidade, o Ministro Zavascki parece seguir a linha de que ocorreria apenas nas hipóteses em que há distribuição de lucro para particular.

imunidade. Ainda que presente a delimitação da tese quanto à relevância da distribuição de lucros ou negociação em bolsa, tais elementos não foram utilizados como definidores/causa da limitação, mas sim como evidência da existência do elemento limitador: a exploração de atividade econômica²⁸.

Quanto a isso, se dá uma ressignificação importante da ideia de exploração da atividade econômica, que deixa de fazer referência apenas ao rol de operações reguladas pelo art. 173 da Constituição e passa a ser compreendida como uma categoria mais ampla: o exercício de qualquer atividade que vise precipuamente a obtenção de lucro. Assim, quando o serviço público é prestado não como cumprimento das obrigações estatais, mas como forma de obtenção de lucro, restaria qualificada a exploração de atividade econômica.

Sobre isso, é de suma importância a preponderância dada ao aspecto da *exploração de atividade lucrativa* sobre o aspecto da *prestação de serviço público*. Conforme salientado nas manifestações dos ministros, era fato incontestável a prestação de serviço público obrigatório e exclusivo pela Sabesp. Apesar disso, a abertura do capital para a iniciativa privada, mediante negociação de ações em bolsa, seria evidência de que o serviço público estaria sendo instrumentalizado como mecanismo de geração de riqueza, seja para o Estado ou para o particular. Assim, definiu-se exceção à jurisprudência consolidada: prestadoras de serviço público obrigatório e exclusivo são imunes desde que (i) não negociem a participação acionária em bolsa e (ii) não estejam voltadas à remuneração de controladores ou acionistas.

É igualmente importante o fato de que a Sabesp buscou o reconhecimento da imunidade com base em um *argumento de ordem objetiva* (a prestação de serviço público) e que esse argumento foi expressamente rechaçado pelo Tribunal, ao afastar o entendimento dos Ministros Roberto Barroso e Cármem Lúcia. Sobre isso, houve discussão expressa acerca da natureza do critério aplicável à imunidade.

No entendimento de Teori Zavascki, a caracterização da imunidade como *objetiva* poderia resultar na sua extensão para particulares. Isso porque a imunização exclusivamente em razão da natureza do serviço implicaria que mesmo as concessionárias privadas, quando da prestação de serviço público, deveriam ser contempladas com a imunidade, já que o fundamento da imunização seria a

²⁸ Isso fica claro no teste de três estágios proposto por Joaquim Barbosa no RE n. 253.472, especificamente no segundo estágio, no qual destaca que a imunidade não serve para incentivar a atividade econômica e vincula, à atividade econômica, a ideia de incremento patrimonial para o Estado ou particulares. Sobre o teste de três estágios cf. MARTINHO, Thiago Bassetti. A extensão da imunidade tributária recíproca para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 8, n. 1. São Paulo, jan./dez. 2017, p. 199-222. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revisitaespgesp/article/download/428/381/1662>. Acesso em: 01 maio 2025.

inaplicabilidade do regime de direito privado. Em se reconhecendo a irrelevância da geração de lucro para fins da tributação, seria perdida a linha divisória entre os entes públicos e particulares quanto à imunidade, conforme trechos do debate travado no julgamento. Em razão disso, não caberia acolher a compreensão de Barroso sobre a incompatibilidade entre serviço público e exploração de atividade econômica.

A confrontação entre as percepções do Ministro Luís Roberto Barroso e do Ministro Teori Zavascki é de suma importância, pois revela o debate conceitual acerca da preponderância do *aspecto subjetivo* ou do *aspecto objetivo* da imunidade recíproca – a ponto de a Ministra Rosa Weber pôr em questão a própria qualificação dessa imunidade como eminentemente subjetiva.

Ainda que o Tribunal não tenha chegado a uma conclusão expressa sobre a natureza da imunidade, sedimentou a percepção de que a imunidade recíproca é restrita para entes públicos (revelando sua *natureza essencialmente subjetiva*) e que não poderia ser estendida para exploradores de atividade econômica (limitação de *cáter objetivo*), em entendimento favorável à posição do Ministro Teori Zavascki.

De toda forma, é notório o fato de que o Tribunal utiliza um *aspecto subjetivo* referente à natureza jurídica da exploradora (distribuição de lucros/negociação de ações em mercado aberto), com o fim de verificar (realizar a cognição) sobre a ocorrência ou não de exploração de atividade econômica (uma limitação de *ordem objetiva*). Trata-se de uma inovação no caminhar da jurisprudência até então e, em certo sentido, uma implosão da dicotomia historicamente adotada entre *prestação de serviço público e exploração de atividade econômica*²⁹.

Sem adentrar no mérito quanto ao acerto da decisão, fato é que fixou novos critérios vinculantes para interpretação da imunidade e para própria avaliação do que deve ser entendido como exploração de atividade econômica.

Essa repercussão geral é especialmente relevante para análise do Tema n. 1.297, pois guarda semelhanças fáticas e jurídicas importantes: (i) discute-se a imunidade recíproca quanto ao IPTU; (ii) trata-se de concessão de serviço público, prestado por pessoa jurídica de direito privado; (iii) a concessionária era sociedade de capital aberto e distribuía lucros para acionistas privados. Assim, antecipa, em diversos aspectos, a discussão estabelecida no âmbito do Tema n. 1.297, como será discutido ao final.

²⁹ Identifica-se uma progressiva superação da rígida separação entre atividade econômica e serviço público. Sobre o tema, cf. CARRIJO, Artur de Sousa. A extensão da imunidade tributária a sociedade de economia mista que presta serviços públicos: análise a partir do tema 508 da Repercussão Geral do STF. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 7, n. 2, 2020, p. 1-36. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v7i2p1-36. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/168963>. Acesso em: 23 mar. 2025, p. 24.

6. Tema n. 1.140

Igualmente no julgamento do Tema n. 1.140 (RE n. 1.320.054), o STF desconsiderou a relevância da natureza do imóvel e passou a analisar a questão com enfoque na natureza e nas características do próprio contribuinte, como pessoa jurídica de direito privado.

Nos autos, concessionária de serviço metroviário (Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô) reivindicava a extensão da imunidade tributária recíproca, uma vez que, ao prestar serviço de exclusividade do Estado, se apresentaria como verdadeira *longa manus* do ente e, portanto, deveria ter o mesmo tratamento dado às pessoas jurídicas de direito público.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a imunidade, sob a justificativa de que havia a prestação de serviço público em ambiente não concorrencial, diante do qual foi apresentado recurso pelo Município de São Paulo – argumentando pela finalidade lucrativa da concessionária.

Admitido pelo Tribunal de origem, o recurso foi levado para julgamento no plenário do STF, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em que, de forma unânime, restou reconhecida a Repercussão Geral do Tema, em razão da pluralidade de casos significativos envolvendo a mesma matéria.

Em seu relatório, o Relator entendeu que o acórdão recorrido estava em conformidade com a jurisprudência assentada pelo tribunal à época – razão pela qual negou provimento ao Recurso Extraordinário do Município – e, diante da função uniformizadora do Supremo e da relevância da matéria, entendeu por fixar tese com o fim exclusivo de reafirmar a jurisprudência de forma vinculativa.

Ao apreciar o mérito, o Ministro Luiz Fux resgatou a jurisprudência consolidada do Tribunal, destacando que as estatais delegatárias de serviço público essencial seriam beneficiárias da imunidade recíproca, independentemente da cobrança de tarifa. Igualmente fez remissão a série de decisões monocráticas em que se reconheceu a imunidade para a recorrida.

Assim, quanto aos fundamentos do julgamento do mérito, apenas foram reiterados os fundamentos do Tema n. 508. Tratou-se de tema de repercussão geral que, nos termos do próprio relator, visava apenas confirmar a jurisprudência dominante, com o fim de racionalização do sistema (redução de novos recursos e evitar multiplicidade de decisões), pelo que sumarizamos o julgamento da forma como segue:

Questão submetida para julgamento: sociedade de economia mista prestadora de serviço público pode ser contemplada com imunidade?

Tese fixada: as empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço.

Ministro	Ratio Decidendi
Luiz Fux (acompanhado de forma unânime)	A jurisprudência do STF reconhece a imunidade para empresas públicas e sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais ³⁰ .

A tese adotada pelo Supremo, elenca 3 (três) requisitos para que a sociedade de economia mista ou empresa pública seja beneficiária da imunidade recíproca: (i) seja prestadora de serviço público essencial; (ii) não distribua lucros a acionistas privados³¹; (iii) não ofereça risco ao equilíbrio concorrencial do mercado.

Tal como no caso anterior, a distribuição é elemento que revela o intuito lucrativo e, consequentemente, a exploração de atividade econômica pelo ente da administração indireta. Porém, também complementa (melhor explicita) o que foi fixado no entendimento do Tema n. 508, ao deixar expressamente estabelecido que a prestação de serviço público é elemento apto a atrair a imunidade sobre os bens de propriedade e/ou administrados pelas concessionárias; mas condicionada a requisitos impeditivos que ilustrariam o intuito lucrativo da atividade.

Nesse caso, também se destacam elementos importantes que guardam identidade com o Tema n. 1.297: (i) estava em questão a imunidade quanto à área afetada à prestação de serviço público (expansão da malha metroviária na região metropolitana do Município de São Paulo), (ii) e o argumento da concessionária estava lastreado em referida afetação (*argumento de ordem objetiva*). Porém, ainda assim, o Tribunal reconheceu que a existência de outros aspectos de *ordem subjetiva* poderia limitar a imunidade.

³⁰ Uma análise aprofundada da fundamentação revela que o Ministro Luiz Fux não realizou juízo de mérito quanto à correção da extensão da imunidade nesses casos (ou seja, quanto ao acerto da jurisprudência do STF), mas apenas aplicou o entendimento majoritário.

³¹ Diferentemente do caso anterior, no qual foi utilizada a ambígua expressão “inequivocamente, está voltada à remuneração do capital”, neste tema foi dada maior precisão por meio do quesito “distribuição para acionistas privados”, após sugestão dada pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Por outro lado, a afirmação expressa da vedação de distribuição de lucros para acionistas privados implica no reconhecimento (que estava apenas implícito nos outros casos) acerca da impossibilidade de extensão da imunidade para sociedades de economia mista. Assim, a pretexto de confirmar a jurisprudência majoritária, a tese fixada representou inovação relevante, que não teve todos os seus desdobramentos reconhecidos pelo Tribunal.

7. Tema n. 1.297

Conforme dito na introdução, o STF foi instado a se manifestar sobre a imunidade no âmbito da Repercussão Geral n. 1.297 (RE n. 1.479.602). O processo originário é embargos à execução opostos pela Ferrovia Centro Atlântica S.A. em face da execução fiscal de IPTU referente a imóveis em sua posse, destinados à prestação de serviço público de transporte ferroviário.

O TJMG decidiu o mérito mediante a aplicação do entendimento do STF, destacando que a imunidade seria extensível para concessionárias nas hipóteses em que a posse do bem é transferida precariamente e este fica afeto à prestação do serviço público concedido, exceto se a concessionária for constituída sob a forma de sociedade anônima que distribui lucros e dividendos e cujas ações são negociadas na Bolsa de Valores. Para o Tribunal haveria um condicionante positivo e outro negativo para extensão da imunidade.

O Tribunal reconheceu que a concessionária exercia posse precária sobre a ferrovia, para realização da atividade-fim da concessão que lhe foi outorgada. Apesar disso, distribuía lucros e dividendos e suas ações eram negociadas na Bolsa de Valores, o que vedaria a extensão da imunidade fixada pelo STF no Tema n. 1.140.

Diante do acórdão, a concessionária apresentou recurso extraordinário. O Ministro Roberto Barroso, ao avaliar o recurso, destacou que o acórdão originário havia afastado a imunidade por meio da aplicação da tese fixada no Tema n. 508, privilegiando *aspectos da entidade* possuidora do imóvel (distribuição de lucros e negociação em bolsa de valores) para fins de solução da controvérsia. O recorrente, por sua vez, estaria sustentando, com apoio no Tema n. 1.140, que a avaliação deveria ter considerado a *natureza do imóvel* e sua vinculação à prestação de um serviço público. A recorrente, em sua petição, alega que a distribuição de lucros e a negociação em bolsa não alteraria a natureza pública do bem e da atividade exercida, de forma que a incidência de IPTU violaria a imunidade tributária recíproca.

Ao apreciar a afetação, o Ministro realizou um resumo dos temas de repercussão geral n. 385, n. 437, n. 1.140 e n. 508 e esclareceu, para justificar a distinção, que nenhum deles tratava especificamente da questão veiculada pela recorrente: extensão da imunidade sobre os bens públicos afetados a serviço público outorgado a particular.

Por fim, destacou a existência de três linhas decisórias sobre a questão: (i) reconhecimento da imunidade dos imóveis em razão da afetação à prestação do serviço público (ARE n. 1.401.061 AgR, RE n. 744.699 AgR); (ii) afastamento da imunidade em razão da finalidade lucrativa da delegatária (ARE n. 1.415.924 AgR, RE n. 1.395.601 Ag) e (iii) limitação da imunidade para parcela dos bens exclusivamente utilizados na prestação do serviço público (Rcl n. 60.726 AgR).

Considerando a divergência de interpretações e os demais impactos (sistema federativo, prestação dos serviços públicos, modelagem de outorga para o setor privado, capacidade tributária dos entes municipais), estaria posta a relevância e transcendência da discussão, apta a ensejar a afetação para repercussão geral, tendo sido delimitada a questão jurídica nos seguintes termos: saber “se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço”³².

8. De fato não existe jurisprudência?

Ao afetar a repercussão geral, conforme é exigido, o Ministro Luís Roberto Barroso indicou porque a jurisprudência anterior do STF não responderia à questão posta nos autos. Não haveria decisão em repercussão geral que trate especificamente da imunidade segundo o viés da afetação do bem à prestação de serviço público. Assim, alertou que, na hipótese, seria analisada a imunidade recíproca desde seu *aspecto objetivo*.

Entretanto, a análise das razões que justificam a admissão da repercussão geral elucida a resistência do STF em aplicar o próprio precedente vinculante (Temas n. 508 e n. 1.140). Nesse sentido, o próprio TJMG reconheceu que estavam verificados os requisitos exigidos na tese do Tema n. 1.140 para tributação, pelo que foi afastada a imunidade.

A análise realizada nos tópicos anteriores explicita que (i) não há efetiva divergência entre os casos e (ii) o foco de análise indicado pelo Ministro Relator já foi contemplado pelas repercussões gerais anteriores, tendo sido descartado para fins de desqualificação das teses fixadas.

Conforme visto, os elementos fáticos e jurídicos aplicados nas decisões dos Temas n. 385 e n. 437 não são extensíveis para o julgamento do Tema n. 1.297, considerando que não estava em discussão a prestação de serviço público. Entretanto, ambos os acórdãos fixam de forma clara a ideia de que a exploração de atividade econômica é incompatível com a imunidade, conclusão que não foi alterada nos dois temas de repercussão seguintes. A questão, pois, é saber se há ocorrência de atividade econômica por parte da concessionária.

Ocorre que isso também já foi respondido pelo STF, ao fixar que a distribuição de lucros para acionistas privados e negociação em bolsa de valores são evidência de utilização de serviço público como atividade econômica – pois seria explorada com o intuito de incremento lucrativo de investidores. Ou seja, ainda quando a pessoa jurídica fosse concessionária de serviço público, poderia ser alcançada pela tributação.

³² RE n. 1.479.602 RG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2024, *DJe* 16.04.2024, p. 13.

Sobre isso, no Tema n. 508 há um elemento fundamental que implica a qualificação da tese para a hipótese: a exploração econômica de serviço público. Nesse sentido, já destacamos as semelhanças entre os casos no tópico 5. A negociação em bolsa seria um signo presuntivo do exercício de atividade econômica, mesmo que no âmbito da prestação de serviço público. A isso se destaque que a posição vencida (dos Ministros Luís Roberto Barroso e Cármem Lúcia) buscava o reconhecimento expresso da preponderância normativa da atividade sobre a natureza da concessionária (preponderância do critério *objetivo* sobre o *subjetivo*).

E, especificamente na hipótese do Tema n. 1.140, a concessionária buscava o reconhecimento da imunidade com base na alegação de que os bens sobre os quais incidiam a cobrança estavam afetados à prestação do serviço público concedido. Ou seja, com maior identidade fática com o caso discutido no Tema n. 1.297, e com a veiculação expressa na primeira instância de uma discussão de *natureza objetiva* (orientada segundo a destinação do bem à finalidade pública). E mesmo nesse caso, o STF reconheceu a aplicação das limitações previstas no Tema n. 508 quanto à distribuição de lucros e à estrutura societária.

Ademais, a alegação da recorrente de que haveria divergência entre os Temas n. 580 e n. 1.140 não procederia, considerando que em ambos os casos são fixadas restrições à imunidade com base no regime aplicável à pessoa jurídica exploradora. Não há uma oposição entre os julgados, no sentido de que o primeiro daria destaque a aspectos subjetivos da concessionária e o segundo a aspectos objetivos da atividade, já que o Tema n. 1.140 informa que há imunidade para a prestação de serviço público, desde que ele não configure exploração de atividade econômica (o que é verificado por meio dos critérios fixados por ocasião do Tema n. 508, com as adaptações comentadas no tópico 5). Se isso é verdade, inexistiria insuficiência na jurisprudência apta a ensejar a declaração de nova repercussão geral, sendo clara a incidência da tese fixada nos Temas n. 508 e n. 1.140 na hipótese³³.

Nesse sentido, parece que não haveria razões para essa afetação, que não fossem eventual alteração da jurisprudência consolidada.

Sobre esse ponto, e superada a análise quanto à correção da afetação, parece-nos que a decisão mais acertada, se o propósito for a manutenção da jurisprudência consolidada, é de não reconhecer a imunidade. Não porque seria o entendimento mais correto, ressalte-se, mas para fins de estabilização da jurisprudência e garantia de sua força vinculante, que ficam prejudicadas pela alteração constante das repercussões gerais ou pela sua não aplicação nas hipóteses aplicáveis.

³³ Importante esclarecer que no Tema n. 437 foi expressamente consignado pelo voto vencedor, do Ministro Marco Aurélio, que a imunidade é subjetiva, de modo que não contemplaria entidades particulares.

Quanto à garantia da força vinculante, recentemente a jurisprudência do STF tem se alinhado com vistas a não aplicar o entendimento fixado nos Temas n. 508 e n. 1.140, criando uma distinção entre aquele primeiro tema e os casos em que há discussão sobre imunidade recíproca de sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial. Nesse sentido são os RE n. 773.131 AgR, ARE n. 905.129 AgR, RE n. 1.097.339 AgR, ARE n. 1.173.440 AgR, RE n. 918.700 AgR, RE n. 1.311.495 ED-AgR; RE n. 1.310.372 AgR, RE n. 1.328.250 AgR-ED, ARE n. 1.349.669 AgR, ACO n. 3.410, RE n. 1.434.978 AgR, RE n. 1.313.229 AgR e RE n. 1.311.509 AgR. O entendimento nesses casos é de que as restrições fixadas nos temas não seriam aplicáveis para prestadoras de serviço público essencial/exclusivo.

Porém, há processos nos quais se reconhece que a priorização da jurisprudência histórica, resulta na não aplicação dos “novos” precedentes (em inobservância de sua força vinculante). Nesse sentido são os RE n. 1.313.226 AgR, RE n. 1.380.136 AgR-EDv-AgR, RE n. 1.471.066 AgR, RE n. 1.468.923 AgR, RE n. 1.311.509 AgR, RE n. 1.313.228 AgR, ARE n. 1.448.488 ED-AgR e RE n. 1.465.641 AgR.

O cenário reluz um conflito interno à própria jurisprudência, com alguns ministros priorizando a orientação histórica do Tribunal (serviço público gera imunidade) e outros priorizando as limitações fixadas em repercussão geral (serviço público gera imunidade, salvo restrições que revelem exploração de atividade econômica). Porém, o que revelaria apenas uma divergência de entendimento jurídico sobre qual o “melhor direito” a ser aplicado à hipótese (uma discussão sobre o mérito na ausência de uma regra clara e específica), na verdade parece explicitar uma resistência em realizar um juízo de subsunção e aplicar, ao caso concreto, uma regra que foi fixada pelo próprio Tribunal (o que foi destacado pelo Ministro Dias Toffoli no RE n. 1.380.136 AgR-EDv-AgR).

Diferentemente do alegado quando da afetação, não há uma falta de manifestação do Tribunal quanto aos aspectos objetivos, já que, conforme visto anteriormente, a decisão nos Temas n. 508 e n. 1.140 foi feita com base nessas considerações. A falta de prevalecimento do aspecto objetivo nos dois temas não é sinônimo da falta de análise da imunidade sobre a perspectiva objetiva. E, da mesma forma, no Tema n. 437 foi expressamente consignado que a imunidade não foi pensada para sociedades empresárias particulares, o que as afastaria mesmo na hipótese de prestação de serviço público.

Em resposta a essa divergência de entendimentos, surge uma “posição alternativa” que busca conciliar ambas as linhas, mediante a proposta de um *distinguishing* entre as hipóteses de afetação do bem à prestação do serviço público e a hipótese tratada no Tema n. 508. Essa proposta é bem esclarecida no RE n. 1.391.460 AgR, de relatoria do Ministro Luiz Fux³⁴.

³⁴ No mesmo sentido, RE n. 1.484.772 AgR e RE n. 1.395.601 AgR.

No processo, era discutida a imunidade de imóveis utilizados pela Cemig S.A., sociedade de economia mista de capital aberto, para as linhas de transmissão de energia elétrica. Tratava-se de imóveis afetados à prestação de serviço público essencial. Ao analisar o mérito, o Ministro destacou que a jurisprudência definiu o alcance da regra imunizante com base na exploração ou não de atividade econômica e defendeu a dicotomia com o serviço público – que havia sido destacada no voto vencido do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Tema n. 508 –, alegando que o Tribunal havia focado nos aspectos da entidade e não da atividade, para fins de avaliação da extensão da imunidade.

Ao realizar o *distinguishing*, destaca que a tese fixada no Tema n. 508 não poderia se aplicar à hipótese pois (i) naquele caso, havia discussão da imunidade sobre sede administrativa da concessionária, e não sobre o bem afetado à prestação do serviço público e (ii) a existência de ações em bolsa não é elemento a ser considerado isoladamente para fins de tributação – haveria situações nas quais essa verificação poderia ser dispensada. Porém, o que se diz uma distinção, no final das contas, parece se aproximar a uma efetiva superação de entendimento (*overruling*).

De fato, conforme relatado pelo Ministro, há divergência quanto à destinação dos imóveis. Entretanto, o entendimento do Tribunal é de que a imunidade recíproca é primariamente de natureza subjetiva, com extensão/limitação de ordem objetiva – em razão da destinação dada ao bem (se relacionada ou não à prestação de serviço público). Por essa compreensão, se reconhecermos que a entidade não é imune de princípio (por entender que explora atividade econômica ao prestar o serviço público), isso obsta o próprio reconhecimento da imunidade do imóvel por ela utilizado para a prestação do serviço público.

Na mesma linha, a limitação/extensão objetiva diz respeito à utilização do imóvel no âmbito da prestação do serviço público, o que compreende aqueles afetados administrativamente (o que implica em restrições especiais ao direito de propriedade) quanto aqueles não afetados, mas que são indispensáveis/relevantes para a atividade (no qual se enquadraria a sede administrativa). Tanto o é assim, que a disposição genérica no art. 150 da CF apenas exige a vinculação/utilização na atividade fim, e não a afetação clássica do direito administrativo.

E a dificuldade de se estabelecer um *distinguishing* se reforça ainda mais quando comparamos o recente tema com o Tema n. 1.140, no qual havia identidade de hipóteses fáticas. Conforme este caso, a concessionária estava sendo cobrada quanto ao IPTU referente à imóvel destinado à prestação de serviço público (afetado à essa finalidade) e alegava a impossibilidade de cobrança considerando precisamente a destinação do bem a atividade que, se prestada diretamente pelo ente federado, seria imune. E, ainda nesse caso, o STF reconheceu que o serviço público imunizaria, mas desde que respeitadas as restrições quanto à distribuição de lucros e negociação em bolsa de valores.

Ou seja, não parece tratar-se de uma tentativa de criação de nova tese em razão das peculiaridades do caso que obstam a aplicação do entendimento anterior (já que os temas anteriores são plenamente aplicáveis à hipótese veiculada), mas sim de uma superação parcial do entendimento.

Em igual sentido é a manifestação desfavorável à prevalência da negociação em bolsa de valores como elemento fundamental. Conforme dito, o Tribunal reconheceu nos dois últimos temas que a negociação em bolsa é elemento distintivo apto (suficiente) a elucidar a exploração de atividade econômica, o que afastaria a imunidade. Ao dizer que isso não é elemento suficiente, mesmo na hipótese em que há identidade de elementos fáticos, o Ministro destaca a tentativa de superação do entendimento anterior.

Se não há diferença entre os elementos subjetivos (Sabesp e Cemig são entes privados da administração indireta, com participação em bolsa e distribuição de lucros para entes privados e que exploram serviço público essencial), a tentativa de não aplicação do “critério de diagnóstico de exploração de atividade econômica” fixado no Tema n. 508 não é a distinção entre casos, mas uma hipótese de superação de precedente, mesmo que parcial.

Nesse sentido, é questionável se a conclusão esposada no Tema n. 1.297 poderia ser diferente dos Temas n. 508 ou n. 1.140 sem implicar em *overruling*, já que (i) a primeira linha (aplicação da jurisprudência histórica) está em contraposição clara com o precedente vinculante e (ii) a linha intermediária, apesar de falar em *distinguishing*, também o está.

9. Conclusão

A análise dos temas de repercussão geral revela como a separação feita na afetação do Tema n. 1.297 não reflete a evolução da jurisprudência. Isso porque já estariam dados os fundamentos para decisão da questão, conforme decisão do TJMG, por meio da aplicação das teses anteriores. Nesse sentido, é evidente a aplicação das razões de decidir dos Temas n. 508 e n. 1.140.

Assim, a divergência entre o Tribunal é preocupante, pois elide a força dos precedentes vinculantes. É vedada a divergência de mérito entre os ministros? De forma alguma. É totalmente possível que haja discussão quanto à correção de um entendimento ou outro. O que é perigoso é o surgimento de divergência em razão da resistência do Tribunal em aplicar o próprio precedente vinculante, resultando, inclusive, na afetação de um novo tema de repercussão geral. A discussão parece antes ser sobre a correção do precedente vinculante anterior (como uma tentativa de superá-lo), ainda que a discussão esteja travestida como uma espécie de lacuna normativa.

Há óbice para a superação do precedente? Também não, pois a decisão do STF é plenamente soberana (e aqui o pleonasmo é proposital) para revisar os próprios precedentes vinculantes, sobretudo quando entende que há erro no pre-

cedente formado³⁵. Porém, há dois elementos preocupantes quanto à forma como isso tem sido levado a cabo: (i) de um lado, defende-se a existência de diferença de fundamento entre as questões, a título de realização de *distinguishing*, quando na verdade é uma hipótese de *overruling*; (ii) é questionável a superação de um precedente vinculante sem alteração efetiva de circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, o que tende a ser prejudicial para a segurança jurídica, por reduzir a termo a estabilidade esperada desse tipo de precedente.

O propósito do presente artigo, antes de questionar a afetação e antecipar o resultado que entende correto, buscou apenas destacar a indispensabilidade de que o STF seja claro quanto aos critérios a serem utilizados no julgamento. É legítimo que o Tribunal supere o entendimento anterior, mas necessita definir de forma expressa e precisa os respectivos fundamentos, inclusive com o fim de evitar problemas ulteriores para os tribunais locais no processo de confrontação entre as distintas teses de repercussão geral.

Nesses termos, a desejo do STF de julgar o tema com maior aderência à jurisprudência em evolução resultaria na aplicação dos fundamentos previstos nos temas de repercussão geral anteriores. Porém, se não o fizer, seria recomendável que ao menos reconheça expressamente a superação do precedente, sobretudo para fins de garantia da segurança jurídica e da previsibilidade, ao invés de criar distinções difíceis entre os casos.

Bibliografia

- ARENHART, Fernando. Imunidade recíproca e federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* v. 3, n. 2, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio et al. *Imunidades tributárias*. Elizabeth Nazar Carrarra (coord.). Daniel Moreti (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CARRIJO, Artur de Sousa. A extensão da imunidade tributária a sociedade de economia mista que presta serviços públicos: análise a partir do Tema 508 da Repercussão Geral do STF. *Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.]*, v. 7, n. 2, 2020, p. 1-36. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v7i2p1-36. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/168963>. Acesso em: 23 mar. 2025.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.

³⁵ Nesse sentido, o Parecer n. 00020/2024/CONSUNIAO/CGU/AGU parece indicar a necessidade de adequação da jurisprudência formada no STF, com o fim de garantir mais precisão quanto aos critérios.

- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DERZI, Misabel A. M. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista de Estudos Institucionais* v. 4, n. 1 (2018).
- FERRAZ, André Santos. O descabimento da imunidade tributária recíproca em face da Correios Celular sob o prisma do princípio da livre concorrência. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 67-89.
- FREITAS, Leonardo Bussa; BEVILACQUA, Lucas. Livre concorrência e imunidade dos Correios: limite a uma limitação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: IBDT, 2012, p. 132-148.
- GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Imunidade recíproca. *Revista da AGU* ano XIII, n. 40. Brasília, abr./jun. 2014, p. 59-88. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/406/2909>. Acesso em: 01 maio 2025.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MARTINHO, Thiago Bassetti. A extensão da imunidade tributária recíproca para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 8, n. 1. São Paulo, jan./dez. 2017, p. 199-222. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/download/428/381/1662>. Acesso em: 01 maio 2025.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Aspectos controvertidos da imunidade recíproca na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Pensamento Jurídico* v. 15, n. 1. São Paulo, jan./abr. 2021, p. 231-247. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/download/486/393/962>. Acesso em: 01 maio 2025.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas acerca da imunidade tributária: limites a uma limitação do poder de tributar. In: PEIXOTO, Marcelo; FERNANDES, Edison (coord.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SILVA, Sidney Feitosa da. Análise da imunidade tributária recíproca do IPTU na locação de imóvel particular pela administração pública. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí*, 4(1). Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2024/06/Analise-da-imunidade-tributaria-reciproca-do-IPTU-na-locacao-de-imovel-particular-pela-administracao-publica.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2025.
- SILVA, Suênio Waltemberg Gonçalves e; SANTOS, Ramon Rocha. O julgamento dos Recursos Extraordinários n. 594.015 e 601.720 e a revisão jurisprudencial a respeito da legitimidade passiva do IPTU na hipótese de possuidor sem ani-

mus domini. Revista de Direito Tributário e Financeiro v. 4, n. 1. Florianópolis, 2018, p. 51-68. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/view/4438>. Acesso em: 29 abr. 2025.

Novos Princípios do Sistema Tributário Constitucional Brasileiro

New Principles of the Brazilian Constitutional Tax System

Fernando Aurelio Zilveti

Mestre, doutor e livre-docente em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pró-reitor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Professor de Direito Tributário do IBDT. Advogado em São Paulo. E-mail: fzilveti@zilveti.com.br.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.14.2025.2871>

Resumo

Este ensaio trata dos novos princípios constitucionais tributários incluídos no sistema tributário brasileiro por ocasião da reforma tributária. A Emenda Constitucional n. 132 trouxe novos princípios ao sistema tributário constitucional brasileiro, aqui comentados sob uma perspectiva crítica, com a utilização do direito comparado. A ideia é testar o convívio entre princípios em diferentes sistemas tributários, como o alemão e o italiano. Para tanto, são observadas decisões das cortes constitucionais no sentido de aferir a densidade dos princípios em casos difíceis.

Palavras-chave: tributação, princípios, conflito, reforma tributária, corte constitucional, direito comparado.

Abstract

This essay addresses the new constitutional tax principles introduced into the Brazilian tax system during the tax reform. Constitutional Amendment No. 132 introduced new principles into the Brazilian constitutional tax system, which are discussed here from a critical perspective using comparative law. The idea is to test the coexistence of these principles in different tax systems, such as the German and Italian ones. To this end, decisions of constitutional courts are examined to assess the validity of these principles in hard cases.

Keywords: taxation, principles, conflict, tax reform, constitutional court, comparative law.

1. Introdução

Os princípios de direito tributário constituem a estrutura axiológica e normativa dos sistemas fiscais contemporâneos, funcionando como garantias do contribuinte e, simultaneamente, como instrumentos de racionalização do poder de tributar. Atualmente, diante das circunstâncias apresentadas com a reforma tributária, diria que tais princípios operam como um exoesqueleto sistêmico. Contudo, a materialização desses princípios revela-se condicionada pelas tradições

jurídicas, arranjos constitucionais e opções políticas subjacentes a cada ordenamento, implicando variações significativas quanto ao alcance, à densidade normativa e ao grau de efetividade de cada princípio.

É preciso tratar das variações de densidade e efetividade de princípios neste ensaio. Lembremos que a densidade de princípios de direito tributário se relaciona com a aplicação. Podemos dizer que os princípios da igualdade e da legalidade gozam de alta densidade? Será que os princípios recém integrados expressamente ao sistema tributário constitucional brasileiro possuem aplicação por controle de constitucionalidade? As perguntas de pesquisa mencionadas acima servem de baliza metodológica para este ensaio de direito comparado. A análise comparada entre jurisdições, especialmente aquelas inseridas na tradição do chamado *civil law*, como a Alemanha e a Itália, e o contexto brasileiro, mostra-se profícua para identificar os pontos de inflexão entre a dogmática tributária e a realidade institucional de cada país.

Interessa compreender, por dizer em perspectiva, se os princípios tributários alemães, marcados por uma sólida estrutura de legalidade e proporcionalidade substancial, ou a perspectiva italiana, em que a capacidade contributiva se articula em estreita relação com o princípio da solidariedade, podem oferecer parâmetros de releitura e aperfeiçoamento do sistema brasileiro¹. Em que pese o fato de se tratarem de sistemas tributários constitucionais alienígenas, o estudo comparado serve para testar o grau de densidade principiológica. O princípio da justiça fiscal, recém introduzido na Constituição Federal, por exemplo, já foi bastante discutido na Alemanha. Conforme comentaremos a seguir, as Cortes Constitucionais operam sobre os princípios mesmo que não expressos literalmente nas respectivas Cartas, emprestando exemplos de aferição de densidade axiológica.

Pergunta-se, também nesse contexto, de que forma esses ordenamentos estruturam e aplicam os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco em sua concretude jurisprudencial e legislativa, e se tais experiências comparadas podem contribuir para a superação de lacunas interpretativas ou disfunções existentes no sistema tributário brasileiro². Com os

¹ FOLLONI, André. *Capacidade contributiva e solidariedade, fundamentos constitucionais do dever tributário*. São Paulo: Malheiros, 2025, p. 321. O autor traz interessante estudo sobre o tema da capacidade contributiva e da solidariedade, sob uma perspectiva constitucional comparada com a Itália. Faltou, porém, avaliar a aplicação jurisprudencial, como prometido. No livro encontrei algumas afirmações sobre a não aplicação da solidariedade em decisões de planejamento fiscal na Itália (p. 46). Aferindo as decisões mencionadas e outras mais atuais, verificamos que a Corte Constitucional italiana aplica a capacidade contributiva e a solidariedade de maneira harmônica. Disto tratarrei mais adiante.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 143. O autor trata dos princípios, a exemplo da igualdade, com um rigor científico particular. Além de falar do princípio sob a perspectiva filosófica, tece críticas acerca da densidade de cada princípio no sistema tributário. Quiçá seja este o melhor trabalho do gênero produzido no Brasil.

novos princípios de direito tributário inseridos no texto constitucional, oriundos da recente reforma tributária, o tema da concretização ganhou matizes interessantes. A convivência de princípios novos e antigos no texto constitucional deve ser objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal – STF, provavelmente, em função da reforma tributária.

Indaga-se, afinal, em que medida o estudo comparado desses princípios pode auxiliar na conformação de um modelo de tributação que realize, de maneira mais equilibrada, a tensão permanente entre a eficiência arrecadatória e a justiça fiscal. É preciso esclarecer que tal tensão entre princípios povoava boa parte dos sistemas tributários da atualidade em função da pressão fiscal exercida sobre o Estado. Isto se agravou diante do fenômeno da erosão de bases tributárias que assombra o Fisco desde o final do século XX. Em tais circunstâncias, como veremos mais adiante, as Cortes Constitucionais têm sido chamadas a se manifestar diante de ações de política fiscal arrecadatória, que colocam em xeque princípios constitucionais. Expressos no texto constitucional, como no Brasil, ou implícitos, como nos dois sistemas aqui comparados, os princípios constitucionais tributários sofrem juízos de ponderação. Para entender o comportamento das Cortes Constitucionais a demanda de comparação segue um método próprio.

Adota-se neste estudo uma metodologia comparada funcional, voltada à análise crítica de como cada ordenamento enfrenta problemas comuns de limitação ao poder de tributar e proteção do contribuinte, sem perder de vista as especificidades culturais e institucionais que informam cada sistema. Lembre-se que os princípios não servem ao contribuinte ou ao Fisco, mas ao próprio sistema, no Estado de Direito. Serão examinados artigos científicos, livros e precedentes dos tribunais constitucionais da Alemanha, Itália e Brasil, buscando identificar convergências, divergências e possíveis diálogos que possam fundamentar uma reflexão sobre a coerência e a suficiência do sistema brasileiro.

Este estudo pretende, assim, evidenciar que a comparação de sistemas tributários não apenas ilumina aspectos estruturais do direito tributário, mas também permite problematizar os sentidos e finalidades dos princípios constitucionais, oferecendo subsídios para sua reinterpretação em um contexto da reforma tributária. Para além da crítica dos sistemas pesquisados aqui, este ensaio propõe que se evite afirmar, sem base científica, que o sistema tributário brasileiro é original, diferente dos demais. Uma das funções do direito comparado, mais afeta à filosofia, é esclarecer os princípios comuns a sistemas em que o Estado de Direito prevalece. A comparação de regras jurídicas de distintos sistemas consiste num método de estudo, não um ramo do direito ou divisão especial do direito³. A comparação pode ter uma meta científica simples, de aferir a evolução de regras em

³ GUTTERIDGE, H. C. *Lé droit comparé*. Traduzido por René David. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 22.

distintos sistemas. Também é possível aferir a justificação de determinados princípios em sistemas distintos, como se estuda aqui. Esclarecer não significa adotar este ou aquele sistema comparado, mas pensar em sistemas comuns que possam dar ao jurisdicionado segurança em sua jurisdição bem como em outras jurisdições por onde ele transite.

2. A ideia original de princípios de direito tributário constitucional brasileiro de 1988

O sistema tributário brasileiro estrutura-se sob um conjunto de princípios constitucionais que delimitam o poder de tributar e garantem a segurança jurídica, a previsibilidade e a racionalidade do sistema fiscal. Dentre os diversos princípios informadores do direito tributário, destacam-se aqueles de maior incidência prática e relevância interpretativa nos tribunais e na administração fiscal: os princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco⁴. Esta noção de relevância interpretativa deve ser vista com cuidado, pois os chamados “novos” princípios instituídos com a Emenda Constitucional n. 132/2023, como o da simplicidade, por exemplo, vêm sendo objeto de análise jurisdicional há algum tempo. O que importa aqui, portanto, é investigar se tais princípios, “novos” e “velhos” convivem no sistema tributário ou se eles conflitam entre si.

O princípio da legalidade, consagrado no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que nenhum tributo será cobrado sem que exista lei que o institua ou aumente, assegurando ao contribuinte previsibilidade quanto à exigibilidade das obrigações tributárias. Conectado a ele, o princípio da anterioridade impede a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que editada a lei instituidora ou majoradora, enquanto a anterioridade nonagesimal, em sua vertente mitigada, exige o decurso de 90 dias para a exigibilidade, salvo exceções previstas constitucionalmente. A irretroatividade, por sua vez, resguarda o contribuinte de alterações legislativas que imponham obrigações tributárias em relação a fatos pretéritos, conferindo estabilidade ao planejamento tributário e aos fluxos financeiros. Mais recentemente, no Brasil, está se desenvolvendo a tese do “desvio de finalidade”, capaz de tornar ilegítima a competência para legislar em matéria tributária. Trataremos disto mais adiante.

Já o princípio da isonomia, disposto no art. 150, inciso II, veda tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente, representando um corolá-

⁴ BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 46. O livro do autor traz um elenco dos princípios tributários presentes no sistema constitucional brasileiro, com uma análise crítica revisitada de cada um dos princípios segundo a doutrina alemã da época. As notas de Misabel Abreu Machado Derzi dão um conteúdo especial ao livro do autor original, com maior profundidade científica.

rio do Estado Democrático de Direito no campo fiscal. Orbitando o princípio da igualdade, a capacidade contributiva atua como vetor de justiça fiscal, prevista no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, orientando a instituição e a graduação de tributos de acordo com a aptidão econômica do contribuinte. Talvez este seja o princípio mais importante do sistema tributário brasileiro⁵. A importância do princípio é algo mensurável, afinal? Como dar tal título sem enfrentar o tema da colisão entre princípios? A calibragem destes princípios em casos concretos vem sendo objeto de análise das cortes constitucionais.

Por fim, a vedação ao confisco impede que a tributação tenha caráter confiscatório, preservando o núcleo essencial do direito de propriedade e a liberdade econômica⁶. O confisco enquanto princípio variou muito no sistema brasileiro e também no sistema alemão, com limites estabelecidos, de fato, pelo entendimento das respectivas Cortes Constitucionais. O sistema brasileiro aproximou o princípio do não confisco das multas. Por outro lado, o sistema alemão tangenciou limites percentuais da tributação sobre o patrimônio. Toda a vez que o conjunto de tributos sobre a renda e o patrimônio subtraia substancialmente a propriedade e não permita que o contribuinte permaneça com parte de sua renda, uma vez tributada, haverá confisco. Isto a Corte Constitucional analisou e decidiu de modo a preservar o direito e o sistema constitucional tributário⁷.

Estes princípios, em sua aplicação prática, não apenas informam a interpretação e a aplicação das normas tributárias, mas também funcionam como instrumentos de controle de constitucionalidade e de limitação do poder de tributar. A técnica de testar a funcionalidade de princípios no sistema constitucional tributário pode seguir um método operacional trino, com a identificação, a compatibilização e a aplicação. Este método em três fases será testado ao longo deste ensaio, nos comentários acerca do comportamento das cortes constitucionais.

3. Os novos princípios introduzidos no sistema tributário brasileiro

A Emenda Constitucional n. 132/2023 introduziu significativas alterações no sistema tributário brasileiro, criando tributos sobre bens e serviços (IBS e CBS) e instituindo princípios estruturantes que redesenham a tributação do consumo no país. Este artigo analisa, sob perspectiva dogmática e funcional, especialmente,

⁵ ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 346.

⁶ ZILVETI, Fernando Aurelio; VASCONCELLOS, Mônica Coelho. Confisco. Revisitando o princípio do não confisco: o mínimo existencial permite a sua operacionalização sistemática? *Revista de Direito Tributário da APET* n. 48, abr./set. 2023.

⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeito de confisco na Alemanha. *Revista de Doutrina da 4ª Região – Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS* n. 35, abril de 2010, p. 1/12, p. 9. O autor sustenta nesse trabalho que a Corte Constitucional alemã tratou do tema do confisco apenas como *obiter dictum*. Tal consideração não condiz com a posição da Corte alemã.

os novos princípios de neutralidade, transparência, simplicidade, justiça tributária, cooperação e defesa do meio ambiente⁸.

A neutralidade emerge como princípio estruturante, exigindo que a tributação não interfira nas decisões econômicas dos agentes, permitindo que escolhas de produção, consumo e investimento sejam guiadas por critérios de eficiência econômica⁹. Com a reforma, a neutralidade se operacionaliza pela adoção de crédito financeiro amplo no IBS e na CBS, reduzindo os efeitos de cumulatividade e eliminando a tributação em cascata, aproximando o sistema tributário brasileiro das melhores práticas de IVA adotadas pela OCDE¹⁰. A OCDE não dá uma receita de IVA, apenas representa um dentre tantos repositórios de práticas fiscais. Os estudos sobre neutralidade desenvolvidos nessa instituição supranacional não se consideram fonte normativa, apenas um guia de boas práticas sobre o tema da neutralidade¹¹.

A transparência obriga o destaque do tributo em documentos fiscais, permitindo ao consumidor final identificar o valor incidente em cada operação. Este princípio reforça a *accountability* fiscal e viabiliza maior controle social sobre a carga tributária, além de facilitar o *compliance*, ao garantir que a tributação se torne visível, comprehensível e rastreável ao longo da cadeia de produção e circulação¹². A ideia de transparência fiscal ganhou força no início deste século, por medidas de segurança geopolítica. O FATCA foi introduzido no sistema americano, com o objetivo de impor às instituições financeiras o ônus de identificar e reportar ao IRS (*Internal Revenue Service*) a existência de atividades financeiras de pessoas dos EUA, como parte do esforço para reduzir a evasão fiscal¹³.

A simplicidade, como vetor da reforma tributária, objetiva reduzir a complexidade legislativa e procedural, consolidando a tributação sobre o consumo em dois tributos (IBS e CBS), com legislação uniforme, regras de apuração simplificadas e redução de obrigações acessórias. A simplificação reduz custos de

⁸ BRASIL. Constituição Federal, art. 145, § 3º: “O Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente.”

⁹ ZILVETI, Fernando Aurelio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual* v. 19. São Paulo: IBDT, p. 24/40, p. 40.

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal. O art. 156-A, § 1º, e o art. 195, § 16, da Constituição Federal, preveem que o IBS e a CBS serão “informados” pelo princípio da neutralidade.

¹¹ OECD. *International VAT/GST Guidelines*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 22. Disponível em: <http://dx.doi.org/101787/97892642271401-en>. Acesso em: 20 jun. 2025.

¹² CAPASSO, Salvatore; CICATIELLO, Lorenzo; DE SIMONE, Elina; GAETA, Giuseppe Lucio; MOURÃO, Paulo Reis. Fiscal transparency and tax ethics: does better information lead to greater compliance? *Journal of Policy Modeling* v. 43, Issue 5, September-October 2021, p. 1031-1050. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0161893820300910>. Acesso em: 20 jun. 2025.

¹³ TAKANO, Caio A.; SANTOS, Ramon Tomazela. Foreign Account Tax Compliance Act. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 226. São Paulo: Dialética, p. 31/47, p. 36.

conformidade, minimiza riscos de interpretação divergente entre entes federativos e melhora o ambiente de negócios, essencial para atração de investimentos¹⁴. Existem limites à simplicidade, em confronto com a igualdade, como as cortes constitucionais têm deliberado, ou seja, sempre que a estrutura simples ou prática afronta a igualdade na tributação, esta última deve prevalecer¹⁵.

A justiça fiscal se define, talvez, pelo que se analisará no tópico subsequente. A base para a utilização de precedentes é o princípio da universalidade, a exigência de tratar os iguais de forma igual, que é uma condição formal subjacente a qualquer concepção de justiça¹⁶. Isto é, essencialmente, o que se tem também por justiça fiscal, ou seja, um norte do sistema tributário, que garanta a igualdade na tributação. O Brasil começa a se alinhar com as melhores práticas internacionais, mas ainda precisa calibrar seus instrumentos para que o sistema seja, de fato, menos regressivo e mais justo. Constitucionalizar o princípio, isoladamente, não o torna concreto, mas vale como afirmação axiológica, reforçando o sistema protetivo do contribuinte e do erário.

A Reforma Tributária não é só um rearranjo de tributos, ela exige nova postura institucional, da pessoa física e empresarial. O princípio da cooperação se infiltra por toda a estrutura do novo sistema: da governança federativa ao *compliance* fiscal empresarial. O novo sistema constitucional propõe, na prática, uma virada de chave: o contribuinte não é mais um “inimigo” a ser combatido, mas um parceiro no cumprimento do dever tributário. Isso se reflete no direito de crédito amplo do IBS/CBS, exigindo boa-fé no uso e controle. O mesmo vale na transparência da carga tributária, que impõe deveres de informação e reforça o papel da contabilidade como a linguagem de cooperação fiscal. Ainda no contencioso administrativo unificado, que tende a incorporar maior racionalidade e previsibilidade, um ambiente fértil para a atuação cooperativa. A cooperação, afinal consiste num esforço comum naquilo que devem fazer Fisco e contribuinte no processo de valorização dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente¹⁷. A cooperação seria um corolário do princípio da solidariedade? Vejamos.

Por último e não menos importante veio o princípio de proteção ao meio ambiente, norteando o sistema tributário constitucional. A questão ambiental na tributação vem ganhando força ultimamente, em que pese já ser objeto de estudo há algum tempo também entre nós. O homem somente passou a se ver como vilão

¹⁴ CHARNESKI, Heron. *Função simplificadora das regras tributárias e o lucro como base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: IBDT, 2024, p. 235.

¹⁵ ZILVETI, Fernando. *Simplicius simplicissimus*, os limites da praticabilidade diante do princípio da capacidade contributiva. *Revista Direito Tributário Atual* v. 22. São Paulo: IBDT, p. 179/192, p. 192.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 336.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; ANDRADE, Leonardo Aguirra de; HORBACH, Carlos Bastide. *Princípio da cooperação tributária primeiro efeito concreto: vetor hermenêutico*. São Paulo: Casa do Direito, 2024, p. 39.

ambiental após conscientizar-se de seu potencial de destruição do meio que o cerca. No final do século XVIII, a Revolução Industrial trouxe uma leve preocupação com a melhoria das condições de vida na sociedade, em função do que as máquinas recém introduzidas ao meio socioeconômico dizimavam e poluíam os recursos naturais¹⁸. Não sem razão, o constituinte derivado brasileiro resolveu deixar explícito o princípio no sistema tributário constitucional. A ideia de proteção ao meio ambiente através da tributação evoluiu, existindo diversas posições sobre qual é a melhor forma de utilizá-la¹⁹. Aqui não procuramos apoiar esta ou aquela corrente doutrinária sobre o meio ambiente e a tributação, pois nos cabe, como proposta metodológica, analisar sistemas comparados e verificar em que medida se parecem ao nosso e como as cortes constitucionais concretizam os princípios. Passemos, então, a verificar a convivência entre os princípios.

4. A convivência entre os princípios

A convivência entre princípios em um sistema constitucional revela o núcleo paradoxal do pós-positivismo, que se equilibra entre as exigências de normatividade, concretude e abertura axiológica. Sob a perspectiva da filosofia do direito, tal convivência expõe a tensão fundamental decorrente da colisão de valores no interior de uma ordem normativa que aspira, simultaneamente, à estabilidade e à justiça. A colisão entre princípios dá lugar ao estabelecimento de prioridades entre eles em cada caso. Em vista das circunstâncias, um ou outro princípio goza de preferência em razão das circunstâncias pelas quais o maior peso se justifica²⁰.

Com efeito, distingue-se entre regras e princípios como categorias normativas diversas, sendo estes últimos concebidos como mandamentos de otimização, orientados à maximização de bens jurídicos dentro das restrições impostas pela realidade fática e pelo próprio ordenamento. Nesse sentido, a ponderação emerge como ferramenta metodológica indispensável para a solução de colisões axiológicas, sendo os princípios aplicados segundo sua relevância no caso concreto, mas sem se dissociarem de uma fundamentação teórica que evite o risco de um decisionismo disfarçado de técnica. A noção básica de ponderação (*Abwägung*), consideração racional na medida em que a preferência é devidamente fundamentada²¹.

Todavia, adverte-se quanto aos limites dessa consideração, uma vez que, sem um processo comunicativo legítimo, ela pode degenerar em rationalidade estra-

¹⁸ ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Os tributos como meio de proteção do meio ambiente. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (coord.). *Temas de direito ambiental econômico*. São Paulo: RT, 2020.

¹⁹ AVI-YONAH, Reuven S.; UHLMANN, David M. Combating global climate change: why a carbon tax is a better response to global warming than cap and trade. *Stanford Environmental Law Journal* v. 28, No. 3, 2009, p. 6-7.

²⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 84.

²¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 144.

tégica sob a roupagem de discurso técnico. A convivência entre princípios, nesse contexto, há de ocorrer em um espaço de razão pública, de modo a impedir que o processo interpretativo se converta em mecanismo de legitimação de arbitrariedades, conservando o direito como sistema de normas legitimadas democraticamente. A própria ideia de democracia deriva da interpenetração entre princípio e forma jurídica²². Existe, afinal, um processo de legitimação da estrutura jurídica. O que vem a ser um sistema de normas legitimadas democraticamente? Aquilo que as cortes constitucionais dizem que é? As Cortes Constitucionais não devem substituir o Poder Legislativo. Por outro lado, os dispositivos constitucionais precisam ser interpretados e, quando a Corte Constitucional é provocada a concretizar direitos fundamentais, se vê na difícil tarefa de escolher por princípios, priorizando alguns em detrimento a outros. Isto torna possível a legitimação da estrutura jurídica.

Embora os princípios operem como diretrizes interpretativas e possuam natureza heurística, sua convivência não se resolve mediante critérios subjetivos. Reclama-se, antes, uma estrutura hermenêutica capaz de preservar a coerência sistêmica do ordenamento, assegurando a força normativa da Constituição sem sacrificar a previsibilidade do direito²³. Está claro que qualquer sistema é essencialmente determinado por seus princípios. Quais seriam, então, os elementos constituintes de um sistema legal? Os princípios analisados neste ensaio estariam nesse rol? Quais princípios prevalecem sobre os demais, especialmente num sistema tributário? Os critérios hermenêuticos estão no foco deste ensaio, sem a pretensão de responder a todas essas questões.

Os princípios, por refletirem os valores fundamentais de uma ordem jurídica, carecem de força vinculante efetiva sem a sua necessária tradução normativa, de modo que a convivência entre valores se converte em convivência de normas apenas quando mediada por regras, sob pena de degeneração do sistema jurídico em programa político desprovido de capacidade de concretização²⁴. Esta perspectiva, porém, se afasta da realidade, principalmente na atualidade, diante dos desafios práticos enfrentados pelas Cortes Constitucionais. Os princípios aqui analisados e seu convívio num sistema tributário constitucional demandam do intérprete uma ponderação em vias a concretizar tais valores.

Sob a lente filosófica, afinal, a convivência entre princípios em um sistema constitucional consiste em um exercício de equilíbrio delicado entre a abertura

²² HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 122.

²³ ESSE, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, p. 105.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. A. Santos. Brasília: UnB, 1999, p. 111.

hermenêutica, indispensável à adaptação do direito, e a rigidez normativa, necessária à preservação de sua função estabilizadora. O pós-positivismo não pode se transfigurar em antinomismo ou em decisionismo judicial mascarado de técnica. É imperativo que a ponderação se submeta a critérios de racionalidade pública, racionalidade prática, efetividade normativa e contenção garantista. Esta racionalidade pragmática foi confiada em certa medida aos tribunais constitucionais, alçados ao exercício desse papel pelo constituinte originário. Provocado, o tribunal constitucional tem a obrigação hermenêutica de elaborar tais critérios com coerência e estabilidade.

Em síntese, um sistema constitucional que se fundamenta na convivência de princípios apenas se sustenta como ordem normativa quando constrói um método interpretativo que conjugue racionalidade, coerência e legitimidade democrática, assegurando que o pluralismo axiológico se converta em direitos concretos, e não em um espaço de arbitrariedade interpretativa legitimada sob o rótulo de constitucionalismo de princípios. Vejamos a seguir se as Cortes Constitucionais se colocam efetivamente no papel de exercer a racionalidade prática e se enfrentam o problema do convívio entre os princípios constitucionais tributários.

5. Algumas decisões comparadas de Cortes Constitucionais sobre o convívio entre princípios

A Corte Constitucional alemã enfrenta a questão da densidade axiológica há algum tempo. Ao debruçar-se sobre o tema, lhe coube aferir primeiramente quais os princípios em jogo para, depois, decidir se um deles deve prevalecer no caso concreto. Este foi o caso decidido há cerca de 35 anos, quando a lei prática, simples, prevaleceu. A Corte aceitou métodos de avaliação simplificados de imóveis em prol da praticabilidade administrativa, mesmo gerando desigualdades, desde que não desproporcionais²⁵. Mais tarde, a lei prática do imposto de renda foi rejeitada, por falta de justificativa razoável. A Corte reiterou que a igualdade tributária admite simplificações para facilitar a arrecadação, mas as exceções devem ter justificação objetiva²⁶. A posição da Corte Constitucional alemã passou a privilegiar a igualdade, quando a praticabilidade se aproximou de simples método de arrecadação. O sistema de isenções e reduções para empresas herdadas foi considerado inconstitucional por violar a igualdade, mesmo que tivesse justificativas de praticabilidade e proteção de empresas familiares²⁷. Mais tarde, a mesma corte voltou a afirmar a igualdade como norte do sistema tributário tedesco. Re-

²⁵ ALEMANHA. Corte Constitucional, BVerfGE 84, 239 (1989). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²⁶ ALEMANHA. Corte Constitucional, BVerfGE 93, 121 (1995). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²⁷ ALEMANHA. Corte Constitucional, BVerfGE 135, 126 (2014). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

conheceu que métodos simplificados podem ser usados, mas não podem cristalizar desigualdades graves. Declarou inconstitucional o método antiquado de avaliação de imóveis no imposto predial (usava valores de 1964/1965), que causava distorções graves na igualdade tributária. Acenando para uma ação coordenada entre Poderes, deu prazo para o legislador reformar o sistema, equilibrando praticabilidade e igualdade²⁸. O *Bundesverfassungsgericht* aceita, portanto, restrições ao princípio da igualdade tributária em prol da praticabilidade administrativa quando houver racionalidade, proporcionalidade e coerência sistêmica. Todavia, a Corte alemã intervém quando desigualdades se tornam estruturais, arbitrárias ou desproporcionais, reafirmando a supremacia do princípio da igualdade como eixo do sistema tributário, mesmo frente ao argumento de simplificação.

Ainda em relação ao tema dos princípios e sua densidade, a Corte Constitucional alemã trabalhou com a justiça fiscal, enfrentando o tema sob a perspectiva da igualdade vertical e horizontal. Nesse sentido, o Tribunal declarou constitucional a manutenção do adicional de solidariedade (*Solidaritätszuschlag*) para pessoas físicas e jurídicas de alta renda, entendendo que a sua função ainda se justifica em razão de despesas extraordinárias do Estado relacionadas à reunificação e novas obrigações financeiras, preservando o princípio da igualdade vertical²⁹. Sobre o tema da saúde pública, o mesmo Tribunal enfrentou a questão da tributação extrafiscal sobre cigarros eletrônicos. O Tribunal indeferiu a reclamação constitucional contra a introdução de imposto específico sobre líquidos para cigarros eletrônicos, entendendo que a margem legislativa é ampla em matéria tributária e que o imposto tem caráter comportamental legítimo, não violando o princípio da proporcionalidade nem o princípio de igualdade fiscal³⁰. Em análise de controle abstrato, o Tribunal entendeu que a atual estrutura de isenções e reduções para empresas familiares (*Betriebsvermögen*) no imposto de herança precisa ser reavaliada pelo legislador até 2027, dado que algumas isenções violam o princípio da igualdade horizontal ao criar discrepâncias injustificadas entre herdeiros com estruturas societárias diversas e herdeiros de patrimônio em ativos líquidos³¹. Afinal, quando se trata de tributação sobre transferência de bens imóveis, o Tribunal decidiu que o legislador deve corrigir o tratamento diferenciado entre *asset deals* e *share deals* no imposto de transmissão de bens imóveis (*Grunderwerbsteuer*), por violar a justiça fiscal e criar um “buraco” de isenção indireta in-

²⁸ ALEMANHA. Corte Constitucional, BVerfGE 145, 171 (2017). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²⁹ ALEMANHA. Corte Constitucional, 2 BvR 1505/20. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2025/bvg25-030.html>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³⁰ ALEMANHA. Corte Constitucional, 1 BvR 1989/23. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³¹ ALEMANHA. Corte Constitucional, 1 BvL 5/23. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

compatível com o princípio da igualdade, determinando prazo até 2026 para adequação legislativa³². O chamamento do Poder Legislativo a adequar normas que confrontam com princípios constitucionais parece ser uma tendência das Cortes Constitucionais comparadas.

A Corte Constitucional italiana, por seu turno, resolve conflitos entre capacidade contributiva e o dever de solidariedade por meio de *balancing* funcional, admitindo a solidariedade como finalidade e limite de legitimação do sistema tributário, mas condicionada à proporcionalidade e coerência com a capacidade contributiva, de forma a evitar soluções fiscais arbitrárias ou confiscatórias. Quando a Corte enfrentou o tema do sigilo bancário, tratou do princípio da solidariedade (art. 2º) e da capacidade contributiva (art. 53), conjuntamente. Considerou que a evasão não pode se ocultar no sigilo, sob pena de afrontar os dois princípios. Aqui, a ponderação da Corte foi para aplicar os princípios e não para dar preferência a algum deles³³. A Corte adota um *balancing test* funcional, reconhecendo que princípios constitucionais possuem força normativa igual, mas aplicabilidade condicionada ao caso concreto, e que o legislador possui margem de conformação que só será censurada se manifestamente irrazoável ou desproporcional. O art. 53 da CF italiana consagra a capacidade contributiva como fundamento da imposição tributária, funcionando como princípio direutivo para toda a legislação tributária, exigindo coerência entre a obrigação tributária e a efetiva capacidade econômica do contribuinte. O art. 2º da mesma Carta impõe o dever de solidariedade política, econômica e social, legitimando a progressividade e medidas redistributivas, servindo como princípio teleológico do sistema tributário. Reconhece a função distributiva dos tributos como expressão do dever de solidariedade, afirma que a progressividade tributária é um meio de concretizar a solidariedade, mas não pode violar de modo desproporcional a capacidade contributiva³⁴. Exige coerência interna do sistema, invalidando normas que criem discriminações arbitrárias ou desconsideram diferenças relevantes de capacidade contributiva sem justificação proporcional. A Corte Constitucional italiana invalidou um dispositivo que tributava de forma idêntica situações economicamente distintas, por violação ao art. 53 da Constituição³⁵. A solidariedade não aparece

³² ALEMANHA. Corte Constitucional, 2 BvL 12/23. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³³ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 51/1992. Disponível em: <https://giurcost.org/decisio-ni/1992/0051s-92.html>. Acesso em: 20 jun. 2025. Esta decisão é mencionada no trabalho de FOLLONI (nota 1), mas o sentido dado pelo autor pode levar a uma compreensão de aplicação isolada do art. 2º da Constituição italiana quando a Corte aplicou também o art. 53 para rejeitar o sigilo no caso concreto.

³⁴ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 10/2015. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³⁵ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 288/2019. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 20 jun. 2025.

aplicada como prevalente em relação a outros princípios também presentes no sistema tributário italiano. Neste sentido, quando a Corte Constitucional aprecia casos concretos, a solidariedade é entendida como sentido conforme de direitos fundamentais. Os princípios constitucionais da solidariedade e capacidade contributiva possuem, assim, essencialidade equivalente dentro do sistema. Na ideia estruturante do sistema tributário, segundo a Corte, tais princípios trabalham em igual medida de outros, como a própria legalidade³⁶.

A Corte Constitucional italiana também vem enfrentando o tema da justiça fiscal, mesmo que nas decisões encontradas não se mencione especificamente o princípio. Aplica de fato a densidade da igualdade na tributação. Em caso recente, a Corte Constitucional declarou parcialmente inconstitucional a *contribuzione straordinaria* sobre lucros extraordinários no setor de energia (*windfall tax*) criada pelo Decreto-lei n. 21/2022, art. 37. A Corte entendeu que a base de cálculo violava o princípio da capacidade contributiva (art. 53 da Constituição Italiana), por incluir receitas brutas sem adequada consideração dos custos, levando a uma tributação desproporcional. O julgamento destacou o princípio da igualdade horizontal, pois contribuintes em posições objetivamente iguais eram tratados de maneira distinta em razão de distorções na base de cálculo³⁷. A igualdade e a capacidade contributiva, por outro lado, prevalecem sobre a ideia de solidariedade fiscal. Declarou a Corte Constitucional a norma inconstitucional por violar o princípio da capacidade contributiva, pois o tributo incide sobre o rendimento bruto e não sobre o líquido, ignorando custos inerentes como a própria IMU. O tema do imposto de renda ressalta a capacidade contributiva como elemento determinante da justiça fiscal, atendendo à igualdade na tributação³⁸. Notável aplicação do princípio da justiça fiscal no sistema constitucional italiano, mesmo que tal princípio não esteja expressamente mencionado na Carta.

O Supremo Tribunal Federal – STF – tem consolidado que a praticabilidade tributária (viabilidade administrativa da cobrança) é um princípio implícito, derivado da efetividade e da eficiência da tributação, mas não é absoluto. O STF admite regimes simplificados e uso de presunções (Simples, Lucro Presumido, Substituição Tributária) por praticabilidade, mesmo gerando distorções individuais de capacidade contributiva, desde que não impliquem violação flagrante da igualdade³⁹. Quando a praticabilidade gera resultados incompatíveis com a capacidade

³⁶ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 140/2022. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³⁷ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 89/2024. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³⁸ ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n. 75/2025. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Acesso em: 20 jun. 2025.

³⁹ BRASIL. STF. RE n. 598.677. Tema n. 225, e RE n. 605.552. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

contributiva, o STF pode modular ou afastar a regra, como no caso do ICMS-ST quando a base presumida se afasta do valor real de forma significativa⁴⁰. No caso do IOF e da CIDE, o STF tem aceitado alíquotas específicas ou gerais por razões de praticabilidade, desde que mantido equilíbrio com a não confiscatoriedade e proporcionalidade⁴¹. O STF entende que a praticabilidade pode relativizar a análise individual da capacidade contributiva, mas exige proporcionalidade e razoabilidade, sendo inválida quando causa distorções graves ou desigualdades injustificadas.

Ainda sobre o convívio de princípios, o STF tratou o tema da extrafiscalidade, no IOF, diante do chamado “desvio de finalidade”. Tal expressão pode servir tanto ao arbítrio quanto para contê-lo. O STF tem optado por se ater ao princípio da legalidade, sem se deixar confundir com teses jurídicas tendenciosas⁴². A estabilidade e a coerência das decisões da Corte Constitucional norteiam os trabalhos hermenêuticos, concretizando a justiça fiscal. Nesse sentido, o desvio subverte as funções do sistema normativo, comprometendo a supremacia da Constituição⁴³. Num claro movimento de concretização da justiça fiscal, o STF acertou em aferir os limites das atribuições institucionais, novamente no campo da legalidade, quando viu risco de atuação à finalidade não imposta, ou fora do interesse público ou, ainda, à ordem pública⁴⁴. Na questão concretização de princípios em convívio necessário, o STF enfrentou o princípio da capacidade contributiva em relação ao princípio da solidariedade, considerando constitucional a contribuição incidente sobre a folha de salários. Os princípios trabalham, segundo o STF, na densificação da igualdade, como pilares do sistema tributário. A solidariedade impõe um dever de que todos devem contribuir para o custeio na medida de sua capacidade contributiva⁴⁵. O STF também entendeu que a capacidade contributiva se aplica às taxas, num claro aceno à justiça fiscal horizontal⁴⁶. O Tribunal

⁴⁰ BRASIL. STF. RE n. 593.849/MG. Tema n. 201. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴¹ BRASIL. STF. ADI n. 5.277. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴² BRASIL. STF. RE n. 14.800.048. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴³ BRASIL. STF. ADI n. 2.551/MC. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴⁴ BRASIL. STF. ADI n. 5.468. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 20 jun. 2025. Ainda sobre o tema do IOF, durante a elaboração deste ensaio, o STF foi acionado para se manifestar acerca do tema de “desvio de finalidade”. Como a decisão colegiada ainda não se deu, deixamos para comentar numa próxima oportunidade, quando se forme o precedente.

⁴⁵ BRASIL. STF. RE n. 599.309/SP. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751619413>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴⁶ BRASIL. STF. ARE n. 707.948. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur309553/false>. Acesso em: 20 jun. 2025.

Constitucional brasileiro, afinal, entendeu que a capacidade contributiva se aplica a todos os tributos do sistema⁴⁷.

6. Conclusão

Nota-se, afinal, que os três tribunais constitucionais analisados aqui trabalham de igual forma sobre temas, como a justiça fiscal, aplicando os princípios da solidariedade e da capacidade contributiva do mesmo modo. Em que pese o modo distinto de formação das Constituições alemã, italiana e brasileira, bem como suas características flexíveis ou rígidas, os princípios aqui estudados convivem de igual modo e assim são tratados pelas Cortes Constitucionais. Improcede, portanto, a afirmação que o Brasil, por ter um sistema constitucional diverso dos demais, deveria tratar dos princípios tributários de forma diversa. Não encontramos traço sequer no sentido de distintas aplicações principiológicas entre os sistemas estudados.

A Emenda Constitucional n. 132/2023 representa uma inflexão relevante no sistema tributário brasileiro, não apenas pela modificação estrutural dos tributos sobre o consumo, mas também pela consagração de novos princípios que passam a orientar o desenho e a aplicação do sistema tributário. Os “novos” princípios, brevemente comentados acima, compõem um novo arcabouço principiológico, potencializando maior eficiência alocativa, simplificação, justiça fiscal e segurança jurídica.

Sua concretização prática dependerá da regulamentação infraconstitucional e da atuação das autoridades fiscais e do Poder Judiciário, sendo essencial o acompanhamento técnico pelos operadores do direito para maximizar oportunidades de *compliance*, redução de riscos e adequação de estratégias patrimoniais e empresariais ao novo paradigma tributário brasileiro. O STF, bem como as duas Cortes Constitucionais pesquisadas, vem aplicando a Constituição na concretização dos princípios do sistema tributário de cada jurisdição.

A inferência hermenêutica do Direito posto é, afinal, o que define o conceito de “obrigação tributária”. A obrigação tributária tem, além de um caráter patrimonial nítido, uma relação hermenêutica inegável. O aspecto hermenêutico é determinante para o nascimento da obrigação. Nele se revela a fundamentação e a densidade principiológica do sistema tributário constitucional. Como os juízes seguem as regras, mesmo nos casos difíceis e controvertidos? Será que eles, afinal, legislam e aplicam as normas retroativamente? A jurisprudência importa porque importa como os juízes decidem⁴⁸? Tais perguntas podem, segundo o que

⁴⁷ BRASIL. STF. RE n. 406.955 AgR. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200399/false>. Acesso em: 20 jun. 2025.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 4.

se estudou aqui, ser respondidas positivamente. Mas isto não torna menos justos os sistemas tributários constitucionais comparados neste ensaio. Os princípios, afinal, racionalizam o poder de tributar, garantindo tanto o contribuinte quanto o Fisco.

Se considerarmos que o direito se dirige ao jurisdicionado, que molda sua vida por meio de ações, é possível afirmar que o direito e a jurisprudência determinam as nossas vidas. Quando nos preocupamos com a descoberta do direito por meio do raciocínio a partir do direito. A formação do direito diz respeito à metodologia jurídica, uma “premissa maior”, enquanto a subsunção, interpretação, um trabalho reflexivo, seria a “premissa menor”⁴⁹. Como se define o direito ou a sua essência são questões obscuras, mas a reflexão sobre o direito é fundamental.

A jurisprudência pode ser considerada como a teoria do direito, uma investigação conceitual, como funciona o direito e no que ele se diferencia de outras normas (morais, religiosas etc.). Certo que ela não determina o direito mas compõe sua essência, num processo de aplicação⁵⁰. Em determinados sistemas constitucionais, as cortes determinam o que é o direito. Por outro lado, em sistemas mais consolidados, as cortes superiores seguem a coerência da justiça fiscal. Neste ensaio procuramos refletir sobre a descoberta do direito sob essa perspectiva metodológica, comparando sistemas e seus princípios, segundo a jurisprudência das respectivas Cortes Constitucionais. O resultado desta pesquisa foi fascinante.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AVI-YONAH, Reuven S.; UHLMANN, David M. Combating global climate change: why a carbon tax is a better response to global warming than cap and trade. *Stanford Environmental Law Journal* v. 28, No. 3, 2009.
- BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. A. Santos. Brasília: UnB, 1999, p. 111.
- CAPASSO, Salvatore; CICATIELLO, Lorenzo; DE SIMONE, Elina; GAETA, Giuseppe Lucio; MOURÃO, Paulo Reis. Fiscal transparency and tax ethics: does better information lead to greater compliance? *Journal of Policy Modeling* v. 43,

⁴⁹ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, p. 132.

⁵⁰ HART, H. L. A. *The concept of law*. New York: Oxford University/Clarendon, 2012, p. 145.

- Issue 5, September-October 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0161893820300910>. Acesso em: 20 jun. 2025.
- CHARNESKI, Heron. *Função simplificadora das regras tributárias e o lucro como base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: IBDT, 2024.
- DWORKIN, Ronald. *Talking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018.
- ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.
- FOLLONI, André. *Capacidade contributiva e solidariedade, fundamentos constitucionais do dever tributário*. São Paulo: Malheiros, 2025.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; ANDRADE, Leonardo Aguirra de; HORBACH, Carlos Bastide. *Princípio da cooperação tributária primeiro efeito concreto: vetor hermenêutico*. São Paulo: Casa do Direito, 2024.
- GUTTERIDGE, H. C. *Lé droit comparé*. Traduzido por René David. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. New York: Oxford University/Clarendon, 2012.
- OECD. *International VAT/GST Guidelines*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/101787/97892642271401-en>. Acesso em: 20 jun. 2025.
- TAKANO, Caio A.; SANTOS, Ramon Tomazela. *Foreign Account Tax Compliance Act. Revista Dialética de Direito Tributário* n. 226. São Paulo: Dialética.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TRENNEPOHL, Terence (coord.). *Temas de direito ambiental econômico*. São Paulo: RT, 2020.
- VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeito de confisco na Alemanha. *Revista de Doutrina da 4ª Região* – Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS n. 35, abril de 2010, p. 1/12, p. 9.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 346.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual* v. 19. São Paulo: IBDT, p. 24/40, p. 40.
- ZILVETI, Fernando. *Simplicius simplicissimus, os limites da praticabilidade diante do princípio da capacidade contributiva*. *Revista Direito Tributário Atual* v. 22. São Paulo: IBDT, p. 179/192, p. 192.

ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Os tributos como meio de proteção do meio ambiente. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; ZILVETI, Fernando Aurelio; VASCONCELLOS, Mônica Coelho. Confisco. Revisando o princípio do não confisco: o mínimo existencial permite a sua operacionalização sistemática? *Revista de Direito Tributário da APET* n. 48, abr./set. 2023.

A Tributação do Ganho de Capital: “o que entra ou o que sai”? O Caso da Permuta

Taxation of Capital Gains: “what comes in or what goes out”? The Case of Barter

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo.

E-mail: schoueri@lacazmartins.com.br.

Guilherme Galdino

Doutorando e Mestre em Direito Tributário e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado. *E-mail:* guilherme@galdino.adv.br.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.15.2025.2872>

Resumo

O presente artigo tem como objetivo examinar, sob a perspectiva jurídico-dogmática, se a apuração do ganho de capital deve considerar, como valor da alienação, o valor do bem recebido (“o que entra”) ou o valor do próprio bem alienado (“o que sai”). Para tanto, analisa-se a natureza dos ganhos de capital, com ênfase na formação da sua base de cálculo e na discricionariedade do legislador para concretizar o Princípio da Realização da Renda mediante o emprego de diversos eventos críticos, inclusive, sem contraprestação. Para evidenciar a importância da constatação de que o foco da tributação dos ganhos de capital é o valor do bem disponibilizado, examina-se a tributação da permuta. A partir do foco no valor do bem disponibilizado, torna-se evidente a irrelevância da liquidez do bem recebido, da ausência de preço e da equivalência jurídica das prestações.

Palavras-chave: Imposto de Renda, ganho de capital, bem disponibilizado, bem recebido, permuta.

Abstract

This article aims to examine, from a legal-dogmatic perspective, whether the calculation of capital gains taxation should consider, as the value of the sale, the value of the goods received (“what comes in”) or the value of the goods disposed (“what goes out”). To this end, the nature of capital gains is analysed, with emphasis on the formation of their tax base and the discretion of the legislator to implement the Principle of Income Realization using several triggers, including those without consideration. To highlight the importance of the conclusion that the focus of capital gains taxation is the value of the goods disposed, the taxation of barter is addressed. From the focus on the

value of the goods disposed, the irrelevance of the liquidity of the goods received, the absence of a price and the legal equivalence of the obligations become evident.

Keywords: Income Tax, capital gains, disposal of goods, goods received, barter.

Introdução

A tributação do ganho de capital é objeto de controvérsias. Seu enquadramento como espécie de renda já foi duvidoso, pois a definição clássica de renda pressupunha periodicidade, durabilidade da fonte produtora e exploração da fonte¹. Em virtude das particularidades do ganho de capital, alguns países estabelecem um regime jurídico de tributação dos ganhos de capital (*capital gains*) apartado daquele voltado à renda (*income*)².

Por consequência, discute-se, por exemplo, se os Acordos para evitar a Dupla Tributação compreendem tributos específicos sobre ganhos de capital criados ao lado de tributos sobre a renda³. Ademais, questiona-se a necessidade de se conceber regime jurídico apartado aos ganhos de capital em relação aos demais tipos de renda⁴. No Brasil, esse debate ocorre à luz do critério da universalidade

¹ Sobre a definição clássica, cf., e.g., SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. *Revista de Direito Público* v. 14, 1970, p. 339-346; TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 212. Sobre a definição de ganhos de capital, cf. SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1955, p. 148 e ss.; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a tributação de ganhos de capital*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1972, p. 76-78; TEODOROVICZ, Jeferson. Aspectos teóricos da tributação da renda e dos ganhos de capital: entre as teorias da fonte e as teorias do acréscimo patrimonial. In: GOMES, Eduardo Biacchi; POZO, Milenka Villca. *Relações econômico-privadas e democracia no ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 174-215. Para considerações similares, cf. COLLISON, David. The UK capital gains tax: the conception of the 1965 act. In: HARRIS, Peter; COGAN, Dominic de (coord.). *Studies in the history of tax law*. Oxford: Hart, 2019. v. IX, p. 327-363 (332).

² FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.) *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191-215 (196 e ss.).

³ Cf., e.g., AUSTRÁLIA. Federal Court. Caso Virgin Holdings SA vs. Federal Commissioner of Taxation, FCA 1503, j. 10 de outubro de 2008. GALDINO, Guilherme. Do art. 2(4) das Convenções Modelo: função, aplicação e a política brasileira. *Revista Direito Tributário Atual* v. 29, 2018, p. 171-207.

⁴ Cf., e.g., SCHIZER, David M. Realization as subsidy. *New York University Law Review* v. 73, n. 5, 1998, p. 1549-1626; HOURANI, Diana; PERRET, Sarah. Taxing capital gains: country experiences and challenges. *OECD Taxation Working Papers* No. 72. Paris: OECD, 2025, p. 21-31. Para controvérsias em reorganizações societárias, cf., e.g., GARBARINO, Carlo. Regime fiscal das reorganizações internacionais e no âmbito da União Europeia. Trad. de Paulo Victor Vieira da Rocha. *Revista Direito Tributário Atual* v. 31, 2014, p. 177-195; HADDAD, Gustavo Lian. Realização da renda em reestruturações societárias. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAZIN, Bruno; SIL-

previsto no art. 153, § 2º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB/1988”)⁵.

Um dos pontos polêmicos da tributação dos ganhos de capital consiste na exigência do Princípio da Realização da Renda e, em caso afirmativo, no seu modo de concretização. Sob ambas as perspectivas, política⁶ e dogmática⁷, debate-se se a tributação dos ganhos de capital deve ocorrer periodicamente (*accrual basis*) ou apenas atrelada a eventos críticos (conforme a *realisation basis*, i.e., o Princípio da Realização da Renda).

Mesmo com a exigência da realização da renda, discute-se em que termos ela deveria ocorrer para os ganhos de capital. As respostas variam entre os chamados regime de competência⁸ e regime de caixa⁹. Ainda no regime de caixa,

VEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário – princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 363-464.

⁵ Cf., e.g., SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da universalidade na tributação da renda: análise acerca da possibilidade de atribuição de tratamento jurídico-tributário distinto a determinados tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28, 2012, p. 264-294 (288 e ss.); FREIRE, André Borges Coelho de Miranda. Os princípios constitucionais da universalidade e da progressividade comportam um regime diferenciado na tributação do ganho de capital? *Revista Direito Tributário Atual* v. 46, 2020, p. 58-80; e MILEO FILHO, Francisco Sávio Fernandez. A coexistência da progressividade com a tributação em separado do ganho de capital das pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56, 2024, p. 216-238; GALDINO, Guilherme. Imposto de renda e ganhos de capital auferidos por não residentes: progressividade, universalidade e generalidade. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 22, n. 127, 2024, p. 79-99; e GALDINO, Guilherme. *A progressividade do imposto de renda “na forma da lei”*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024, p. 76-81.

⁶ Cf., e.g., HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. Países Baixos: IBFD, 2000, capítulos 5 e 9; KAVELAARS, Peter. Accrual versus realization. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 127-146. HOURANI, Diana; PERRET, Sarah. Taxing capital gains: country experiences and challenges. *OECD Taxation Working Papers* No. 72. Paris: OECD, 2025, p. 44 e ss.

⁷ Para exame do princípio da realização da renda no Brasil, cf., e.g., ZILVETI, Fernando Aurelio. O princípio da realização da renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2003. v. 1, p. 297-328; POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012; ABRANTES, Emmanuel Garcia. A realização da renda da pessoa jurídica: novas impressões sobre o conceito de aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. *Série Doutrina Tributária* v. XLIV. São Paulo: IBDT, 2021; PAIVA, Marcos Vinicius. As diferentes dimensões normativas da realização da renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56, 2024, p. 453-473. Para considerações gerais da realização e com enfoque no ordenamento brasileiro, cf. MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. O (sempre) atual debate em torno da realização da renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 59, 2025, p. 56-75.

⁸ Cf. item 4.3 do RFB, Parecer Normativo CST n. 58, de 2 de setembro de 1977; e Lei das S.A., art. 187, § 1º – “Na determinação do resultado do exercício serão computados: a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda e b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos”.

⁹ Cf., e.g., OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 413-421; POLIZELLI, Victor. Renda, realização, regimes de caixa e de competência. In: DO-

questiona-se se a tributação depende do recebimento de dinheiro ou equivalentes¹⁰ (tal como o regime de caixa da Contabilidade¹¹) ou se a tributação teria contornos distintos, ao alcançar, inclusive, o recebimento de bens¹².

Nesse contexto, tem-se por objeto examinar o ganho de capital, a fim de averiguar, de maneira analítica, se a tributação tem por foco, em contraposição ao custo de aquisição, o valor do bem recebido *ou* o valor do bem disponibilizado (ou sujeito a avaliação periódica). Apesar de considerações universais acerca dos ganhos de capital e de exemplos de legislações estrangeiras, adota-se por referência o ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se por objetivo demonstrar que, além de a concepção de ganho de capital se referir ao valor que é acrescido a determinado capital, a tributação visa a gravar um ganho acumulado ou “acruado” (*accrued*) a partir do momento da aquisição do bem até a avaliação periódica ou realização. Portanto, a tributação do ganho de capital – em linha com o Princípio da Realização da Renda – considera, na contraposição ao custo de aquisição, o valor do próprio bem disponibilizado pelo contribuinte, e *não* o valor daquilo que (eventualmente) recebeu em contrapartida. Quando muito, admite-se a possibilidade de a legislação tributária atribuir relevância ao valor do bem recebido como método indireto de apuração do valor do bem disponibilizado.

Para demonstrar que o foco da tributação do ganho de capital é o valor do bem disponibilizado (“o que sai”) e não eventual valor do bem recebido (“o que entra”), serão tecidas considerações gerais sobre o ganho de capital, bem como serão apresentadas evidências com foco no ordenamento jurídico brasileiro. Esse será o objeto do tópico 1.

A importância dessa constatação será explorada ao se examinar a permuta, cuja tributação é objeto de confusões em razão de se atribuir, implícita ou expressamente, importância ao valor do bem ou do direito recebido. Esse será o objeto do tópico 2.

¹⁰ NIAK JR., Jimir (coord.). *Novo RIR: aspectos relevantes do regulamento do imposto de renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 103-145 (129-137).

¹¹ Cf., *e.g.*, MARTINS, Eliseu; SANTOS, Ariovaldo dos; CANADO, Vanessa Rahal. Aspectos tributários e contábeis do reconhecimento de receita nas operações de permuta. *Interesse Público* v. 19, n. 102, 2017, p. 87-104 (103). Com essa posição para pessoas físicas, cf., *e.g.*, GUTIERREZ, Miguel Delgado. A tributação do ganho de capital nas operações de permuta. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 200, 2012, p. 73-77 (75).

¹² Sobre o regime de caixa na contabilidade, cf., *e.g.*, IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos. *Curso de contabilidade para não contadores*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 112.

¹² Cf., *e.g.*, SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-26 (12). Apesar de não denominar como regime de caixa, sustenta a tributação conforme o recebimento de direitos ou bens, cf. AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 146.

1. Do foco do ganho de capital no valor do bem disponibilizado (“o que sai”)

A própria (1.1) concepção dos ganhos de capital evidencia que a materialidade a ser tributada baseia-se na contraposição entre o valor do próprio bem disponibilizado e o custo de aquisição. Há, ademais, duas evidências nesse sentido. A primeira delas é (1.2) a formação da base de cálculo, a qual parte do valor do bem disponibilizado em cotejo com o custo de aquisição, o que é evidente, por exemplo, no caso da legislação tributária brasileira relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (“IRPF”). Já a segunda evidência é (1.3) a existência de eventos críticos de realização do ganho de capital que independem de contraprestação, *i.e.*, em que inexiste bem recebido a ser valorado, tal como se encontra em legislações estrangeiras, assim como na legislação brasileira do IRPF e do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”).

1.1. Da importância do valor do bem disponibilizado (“o que sai”) a partir da concepção de ganho de capital

A definição legal do chamado *ganho de capital* varia a depender do sistema jurídico analisado¹³. Geralmente, tal ganho é caracterizado como não operacional¹⁴, *i.e.*, um ganho não decorrente do fluxo normal vinculado ao negócio, atividade ou investimento do contribuinte¹⁵.

Um contribuinte, por exemplo, cuja atividade operacional seja a compra e venda de carros usados, não aufera *ganho de capital* na alienação de cada um dos automóveis que negocia, mas o seu próprio *lucro empresarial*. Por outro lado, caso alienie uma de suas lojas (ativo imobilizado), o contribuinte então poderá auferir ganho de capital na hipótese de o valor de alienação ser maior do que o seu custo de aquisição. Trata-se de *ganho não recorrente*, pois o fluxo normal de sua atividade é a obtenção de lucro por meio da revenda de carros, não da venda de suas lojas.

Além de não recorrente, o ganho de capital pressupõe um acréscimo patrimonial em relação a um bem *adquirido* anteriormente, cuja alienação não acarreta um lucro que faça parte do negócio desenvolvido pelo contribuinte. A noção de *ganho de capital* é derivada, portanto, de um ganho que independe da atividade empresarial conduzida pelo contribuinte, mas é vinculado a bem já adquirido previamente.

¹³ Cf. FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191-215 (191).

¹⁴ Cf., *e.g.*, RFB, Parecer Normativo CST n. 114, de 29 de dezembro de 1978, cujo item 4.1 estabelece: “[serão considerados como não operacionais, portanto, os ganhos ou perdas de capital na alienação ou baixa, a qualquer título, de bens vinculados ao ativo permanente, ou seja, os classificados como investimento, ativo imobilizado ou ativo diferido [...]”].

¹⁵ Cf. AULT, Hugh J. *Comparative income taxation: a structural analysis*. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 194; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a tributação de ganhos de capital*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1972, p. 49-50.

Nesse sentido, apesar da dificuldade de sua constatação em certos casos-límites¹⁶, é usual valer-se da analogia do fruto e da árvore para expor a figura do *ganho de capital*¹⁷.

De um lado, o *rendimento* corresponde ao *fruto* da árvore. É uma renda derivada da fonte produtora (árvore). Pode ser o produto do capital, tal como os dividendos ou são do valor aplicado em participações societárias em sociedades de capital. Pode ser o produto do trabalho, como o salário ou é da força laboral. Ou ainda pode ser o produto da combinação do capital e do trabalho, da mesma maneira que o é a participação nos lucros e resultados de uma sociedade uniprofissional¹⁸.

De outro lado, há o *ganho de capital*, o qual corresponde à alienação da própria árvore (com os frutos). Pressupõe-se, ao mesmo tempo, a prévia existência da fonte (árvore) e a sua não manutenção. É a prévia aquisição do bem (fonte, árvore) que diferencia a figura do *ganho de capital* do *windfall gain* (ganho que cai do vento ou do céu). Embora o ganho de capital seja não recorrente, ele não é inesperado, fortuito, repentino tal qual um *windfall gain*, como no caso de um acréscimo patrimonial oriundo de jogos ou prêmios de loteria. O que diferencia o ganho de capital é a prévia aquisição de uma fonte. Tampouco o ganho de capital configura um *produto* do capital porque não é periódico¹⁹, já que “o próprio capital é alienado”²⁰. Entende-se que o contribuinte se desfez da fonte (árvore), obtendo-se um acréscimo patrimonial.

Como o ganho de capital pressupõe um *ganho de detenção*, acumulado pelo contribuinte ao longo do tempo, a tributação a título de renda pode ocorrer em virtude da simples verificação do acréscimo do valor do bem num dado período

¹⁶ Cf. FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191-215 (192); Reino Unido. England and Wales Court of Appeal (Civil Division). Commissioner of Inland Revenue vs. John Lewis Properties plc. Lord Justice Dyson, decided on December 20, 2002, item 89.

¹⁷ Cf., e.g., LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 17-18; SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandre Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (243-244).

¹⁸ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A dedutibilidade da participação nos lucros ou resultados: natureza e a interpretação *a contrario sensu*. *Revista Direito Tributário Atual* v. 57, 2024, p. 310-350 (322).

¹⁹ Cf. TEODOROVICZ, Jeferson. Aspectos teóricos da tributação da renda e dos ganhos de capital: entre as teorias da fonte e as teorias do acréscimo patrimonial. In: GOMES, Eduardo Biacchi; POZO, Milenka Vilca. *Relações econômico-privadas e democracia no ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 174-215 (193).

²⁰ MACHADO, Brandão. Imposto de renda. Ganhos de capital. Promessa de venda de ações: Decreto-lei n. 1.510, de 1976. *Revista Direito Tributário Atual* v. 11/12, 1992, p. 3181-3220 (3187).

(*accrual basis*), ou em virtude de um evento crítico de realização (*realisation basis*)²¹, sendo esta a regra na maioria dos países²². Em ambos os casos, o objeto da tributação é a valorização do bem detido, i.e., o valor que é acrescido a determinado capital. É a mais-valia obtida após o período de aquisição, então tributada mediante realização ou avaliação periódica.

No caso de tributação do ganho de capital de bem submetido a avaliação periódica (*accrual basis*), devido à ausência de contrapartida, é evidente que o ganho de capital não considera qualquer valor de bem recebido, mas considera o valor de possível disponibilização de bem já detido. Como o bem é mantido na esfera patrimonial do contribuinte, há mera submissão à tributação periódica da mais-valia formada desde a aquisição, cujo cálculo, geralmente, baseia-se na contraposição entre o valor de mercado menos o custo de aquisição. Sejam exemplos as avaliações de mercado de bens e direito previstas na legislação doméstica brasileira em 1991²³ e 2023²⁴.

Também exemplifica essa sistemática a avaliação a valor justo de ativos/passivos, a qual, embora não acarrete efeitos tributários em caso de controle de sub-contas²⁵, exige a mensuração, em linha com as normas contábeis, do valor que “seria recebido pela venda de um ativo ou pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração”²⁶. Busca-se o chamado “preço de saída”²⁷. Portanto, em razão da ausência de (efetiva) contrapartida, constata-se o foco da apuração do ganho de capital na contraposição entre o valor do bem que seria disponibilizado (“o que sairia”) – no caso, sujeito à avaliação periódica – e o custo de aquisição.

Já considerando a realização da renda, há evidências de que o foco da tributação do ganho de capital é “o que sai” e não “o que entra”. Se o foco fosse o valor do bem recebido, então não haveria preocupação em torno dos efeitos da inflação desde o momento da sua aquisição²⁸.

²¹ Cf. TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 223.

²² Cf. AULT, Hugh J. *Comparative income taxation: a structural analysis*. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 189; HOURANI, Diana; PERRET, Sarah. Taxing capital gains: country experiences and challenges. *OECD Taxation Working Papers* No. 72. Paris: OECD, 2025, p. 7 e 13.

²³ Cf. art. 96 da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

²⁴ Cf. art. 14 da Lei n. 14.754, de 12 de dezembro de 2023.

²⁵ Sobre a controvérsia em torno da tributação da avaliação a valor justo e o controle em subcontas, cf., e.g., LUZ, Victor Lyra Guimarães. O Ajuste a Valor Justo no imposto de renda: natureza jurídica e impactos fiscais. *Série Doutrina Tributária* v. LVI. São Paulo: IBDT, 2024, item 3.3.

²⁶ CPC. Pronunciamento Técnico CPC 46 – Mensuração do Valor Justo, Apêndice A – Definição de termos, e item 24.

²⁷ CPC. Pronunciamento Técnico CPC 46 – Mensuração do Valor Justo, Apêndice A – Definição de termos, e itens 24, 47 e 87.

²⁸ Cf. LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005,

Tampouco se falaria no *bunching effect*²⁹, consistente na tributação imediata de ganho cuja formação se prolatou no tempo – afinal, embora a materialidade tributável (ganho de capital) seja formada paulatinamente, até que, ocorrido o evento crítico (*realisation basis*), o ganho como um todo é onerado, de uma só vez. Tanto os efeitos da inflação quanto os efeitos do *bunching* costumam ser considerados pelas legislações tributárias para fins de concessão de tratamento distinto para os ganhos de capital, o que envolve alíquotas mais baixas, diferimentos (*rollover*), redistribuição do ganho realizado para trás até o período de aquisição (*spreading back*) ou mesmo exclusão (de parte) dos ganhos³⁰. Essas evidências revelam que os legisladores não consideram a alienação como o instante do surgimento do ganho de capital; ao contrário, o ganho se dá paulatinamente, sendo a realização apenas o momento escolhido para a tributação do ganho – necessariamente – pretérito.

Ora, se o ganho se dá paulatinamente, o importante é a própria valorização do bem alienado, não aquilo que eventualmente seja entregue no momento da realização. A contrapartida não passa, destarte, de modo indireto para se apurar a valorização do bem. Como o ganho de capital consiste no acréscimo sobre o bem já adquirido, é esse acréscimo que o Imposto de Renda busca mensurar, gravando o ganho de detenção sobre o capital aplicado. Assim, eventual valor recebido pelo contribuinte pode não mensurar adequadamente o ganho de capital, pois constitui apenas a contraprestação pelo bem como um todo.

Além dessas evidências no âmbito das considerações gerais sobre os ganhos de capital, existem duas evidências de que a tributação do ganho de capital parte do valor do bem disponibilizado, e não do valor do bem recebido, conforme se passa a tratar.

p. 15; FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 194; e SCHIZER, David M. Realization as subsidy. *New York University Law Review* v. 73, n. 5, 1998, p. 1549-1626 (1562).

²⁹ Cf. HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. Países Baixos: IBFD, 2000, p. 381-382.

³⁰ Cf. LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 15; FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 196; TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 238; FREIRE, André Borges Coelho de Miranda. Os princípios constitucionais da universalidade e da progressividade comportam um regime diferenciado na tributação do ganho de capital? *Revista Direito Tributário Atual* v. 46, 2020, p. 58-80 (73); e GALDINO, Guilherme. *A progressividade do imposto de renda "na forma da lei"*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024, p. 76-81.

1.2. Da formação da base de cálculo da hipótese tributária do ganho de capital a partir do valor do bem disponibilizado (“o que sai”)

A base de cálculo não é formada pelo ingresso do montante bruto como os salários, mas pela diferença entre o valor de alienação e o custo de aquisição³¹. Ou seja, o ganho de capital é “o que sai” e não “o que entra”, pois a sua apuração – base de cálculo – é formada pela contraposição entre o valor de transmissão menos o custo de aquisição. O que importa não é o valor que entra, pois nem todo ele poderá ser renda tributável. O ganho só é formado após a diminuição do custo de aquisição. Apenas desse modo tributa-se a renda líquida³².

A evolução da legislação tributária do IRPF sobre os ganhos de capital evidencia que o ganho de capital é “o que sai” e não “o que entra”, considerando a (1.2.1) legislação tributária anterior à Lei n. 7.713/1988 e (1.2.2) a partir de suas disposições.

1.2.1. Da importância do valor do bem transmitido até a Lei n. 7.713/1988

No regime pretérito, não havia previsões abstratas, aplicáveis a uma classe de situações³³, em relação à incidência do IRPF sobre ganhos de capital tal como se verifica, hoje, na Lei n. 7.713/1988³⁴. Havia apenas previsões concretas, voltadas às alienações de participações societárias³⁵ e de imóveis³⁶. Em ambos os casos, o cálculo do ganho de capital dependia: (i) da onerosidade da transação; e (ii) do tipo de operação que importasse alienação (operações de venda e cessão de direito, de um lado, e os demais casos de alienação, de outro)³⁷.

³¹ Cf. SCHIZER, David M. Realization as subsidy. *New York University Law Review* v. 73, n. 5, 1998, p. 1549-1626 (1562).

³² Sobre renda líquida, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32.

³³ Para o conceito de abstração em comparação a concreto, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/Juspodim, 2022, p. 35.

³⁴ Cf., e.g., art. 3º, § 2º, da Lei n. 7.713/1988: “§ 2º Integrará o rendimento bruto, como *ganho de capital*, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de *alienação de bens de qualquer natureza [...]*” (destacou-se). Sobre a mudança da antiga tributação cedular em prol de uma definição genérica de renda e proveitos de qualquer natureza, com vistas a uma base ampla de tributação, cf. TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda do Brasil: comentários à Lei 7.713/88*. São Paulo: IOB, 1989, p. 17 e 36-37.

³⁵ Cf. Decreto-lei n. 1.510, de 27 de dezembro de 1976. Antes da edição desse Decreto-lei, não havia tributação de ganhos de capital de participações societárias, inclusive, de permutas, cf. RFB, Parecer Normativo CST n. 232, de 10 de março de 1971, e RFB, Parecer Normativo CST n. 504, de 3 de agosto de 1971.

³⁶ Cf. Decreto-lei n. 1.641, de 7 de dezembro de 1978.

³⁷ Em sentido semelhante quanto à legislação anterior, cf. TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos*

No caso da alienação de participações societárias, estabelecia-se que o “valor de alienação” seria o “preço efetivo da operação de venda ou da cessão de direitos”³⁸, mas seria “o valor efetivo da contraprestação nos demais casos de alienação”³⁹. E “[n]os casos de alienação a título gratuito”, seria “imputável à operação o valor real da participação alienada”⁴⁰.

Igualmente, na hipótese de alienação de bens imóveis, previa-se que o “valor de alienação” seria o “preço efetivo da operação de venda ou da cessão de direitos”⁴¹, mas seria o “valor efetivo da contraprestação nos demais casos de alienação”⁴². E “nas operações a título gratuito”, seria o “valor de mercado”⁴³.

Verifica-se, assim, que em ambos os casos, o valor de alienação variava conforme a onerosidade da operação e o tipo de operação. Se gratuita, então se deveria imputar o valor de mercado (também denominado “real”) da participação societária ou do bem imóvel transmitido. Por sua vez, se onerosa, o valor seria o preço efetivo (no caso de venda ou cessão) ou o valor da contraprestação (nos demais casos de alienação).

Nota-se, portanto, que os regimes anteriores chegavam a dar relevância ao valor da contraprestação para as operações onerosas sem preço efetivo. Importava daí o valor do bem recebido (“o que entra”) para esses casos. Tratava-se de referência para se apurar, indiretamente, o valor do bem transmitido. Afinal, o ganho de capital refere-se à riqueza acumulada em relação a certo bem que sai da esfera patrimonial do contribuinte. No entanto, sequer tal método indireto foi mantido pela Lei n. 7.713/1988, conforme se passa a tratar.

1.2.2. Da importância do valor do bem transmitido a partir da Lei n. 7.713/1988

Com a introdução da Lei n. 7.713/1988, o valor do bem recebido (“o que entra”) deixou de ser referência, mesmo que indireta. A ênfase dada pela Lei n. 7.713/1988 é na *transmissão*, não no *recebimento*, pois os ganhos de capital são sempre formados a partir do *valor de transmissão* e não do valor recebido. Esse é o teor do art. 3º, § 2º, da Lei n. 7.713/1988, ao prever que o ganho de capital consiste na diferença positiva entre “o valor de *transmissão* do bem e o respectivo custo de aquisição” [destacou-se].

No bojo do IRPF, não há previsão de incidência, a título de ganho de capital, sobre eventual diferença de valores entre um bem que *não foi transmitido* e even-

de capital nas vendas de participações societárias pelas pessoas físicas. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 37-38.

³⁸ Cf. art. 3º, a, do Decreto-lei n. 1.510/1976.

³⁹ Cf. art. 3º, b, do Decreto-lei n. 1.510/1976.

⁴⁰ Cf. art. 3º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 1.510/1976.

⁴¹ Cf. art. 2º, § 2º, a, do Decreto-lei n. 1.641/1978.

⁴² Cf. art. 2º, § 2º, b, do Decreto-lei n. 1.641/1978.

⁴³ Cf. art. 2º, § 2º, c, do Decreto-lei n. 1.641/1978.

tual valor recebido. A ocorrência de transmissão é crucial para fins de IRPF. Por exemplo, no caso em que uma pessoa simplesmente perde um bem valioso (*e.g.*, joia), não se cogita cobrar IRPF sobre o recurso recebido como indenização a título de seguro⁴⁴. Afinal, a Lei n. 7.713/1988 afasta da tributação do ganho de capital o valor decorrente “de liquidação de sinistro, furto ou roubo, relativo a objeto segurado”⁴⁵.

Uma evidência de que o enfoque se dá no valor da transmissão e não no valor recebido, para fins de IRPF sobre ganho de capital, encontra-se na limitação da incidência em caso de *transmissão*. Pouco importa que o valor recebido tenha sido vultoso. Para a hipótese tributária do IRPF sobre ganho de capital, faz-se necessária uma *transmissão* e não mero recebimento. Mesmo que haja recebimento, não há IRPF sobre ganho de capital sem a transmissão. Pode haver incidência de IRPF com base em outras previsões, mas não será o caso de ganho de capital.

Ao definir *valor de transmissão*, a Lei n. 7.713/1988 não adotou como critérios a onerosidade e o tipo de operação, mas se ele é *expresso em dinheiro*. Nos termos do art. 19 dessa Lei, o *valor de transmissão* será o “preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos”. Já “[n]as operações em que o valor não se expressar em dinheiro”, o parágrafo único do referido artigo determina que “o *valor da transmissão* será arbitrado segundo o valor de mercado”. Nesse caso, por mais que se fale em arbitramento, na prática, caberá ao próprio contribuinte (ou terceiro, como no caso da adjudicação⁴⁶) “atribuir um valor de mercado adequado”⁴⁷.

Assim, o foco da Lei n. 7.713/1988 é sempre o *valor de transmissão*, que não necessariamente terá *expressão em dinheiro*. Havendo esta, então será ela considerada. Por sua vez, se a operação *não* possui valor expresso em dinheiro, então o valor de transmissão deverá ser determinado – em regra, pelo contribuinte –, consoante o valor de mercado. O que se constata, daí, é o caráter incidental da *expressão em dinheiro*, apenas servindo como indicador do *valor de transmissão*, este sim necessariamente presente para o cálculo do ganho de capital.

Diferentemente de outras legislações como nos casos de preços de transferência⁴⁸ e de distribuição disfarçada de lucros⁴⁹, a Lei n. 7.713/1988 não prevê

⁴⁴ Em sentido parecido, cf. TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda do Brasil: comentários à Lei 7.713/88*. São Paulo: IOB, 1989, p. 80.

⁴⁵ Cf. art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.713/1988, na íntegra: “Art. 22. [...] Parágrafo único. Não se considera ganho de capital o valor decorrente de indenização por desapropriação para fins de reforma agrária, conforme o disposto no § 5º do art. 184 da Constituição Federal, e de liquidação de sinistro, furto ou roubo, relativo a objeto segurado”.

⁴⁶ Cf. AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 146.

⁴⁷ TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda do Brasil: comentários à Lei 7.713/88*. São Paulo: IOB, 1989, p. 74.

⁴⁸ Cf. Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023.

⁴⁹ Cf. arts. 60 a 62 do Decreto-lei n. 1.598/1977.

métodos específicos a verificar qual é o valor de mercado. Dá-se liberdade ao contribuinte para concretizar, com base em diferentes métodos pertinentes ao bem/operação, o valor de mercado. Tampouco exige-se forma especial de prova do valor de mercado com base, por exemplo, em laudos, tal como previsto para a concessão de isenções de IRPF para portadores de certas moléstias⁵⁰ e outras situações⁵¹.

Contudo, caso o preço efetivo ou o valor (supostamente) de mercado informado pelo contribuinte como valor de transmissão seja “notoriamente diferente do de mercado”, caberá ao Fisco arbitrar, mediante processo regular, o preço ou o valor, nos termos do art. 20 da Lei n. 7.713/1988. Nessa hipótese, será desconsiderado o valor informado pelo contribuinte, seja a título de *preço efetivo*, seja a título de *valor de mercado* (por ausência de expressão em dinheiro), em virtude de não merecer fé, resguardada a possibilidade de contestação. Ao fim e ao cabo, competirá à autoridade lançadora por meio de processo regular arbitrar o valor ou preço.

Nota-se, dessa forma, que a concepção do IRPF sobre o ganho de capital depende de uma *transmissão*, cujo valor é imprescindível, sob pena de não se formar a própria base de cálculo. Para as transmissões de bens não *expressas em dinheiro*, o valor de transmissão para fins de apuração da base de cálculo é o valor de mercado do bem *transmitido*, jamais o valor do bem recebido.

Contrapondo-se o atual regime com o anterior, fica evidente que, com base na Lei n. 7.713/1988, jamais se examina o valor do bem recebido. Não se verifica o valor da contraprestação (leia-se: o valor do bem recebido). Em caso de operação com valor expresso em dinheiro, adota-se justamente o preço efetivo da operação. Por sua vez, na hipótese de operação sem valor expresso em dinheiro, cabe ao contribuinte indicar o valor de mercado do bem transmitido. Diferentemente do regime anterior, a Lei n. 7.713/1988 tem por foco, em ambas as situações, apenas o valor do bem transmitido e não o valor do bem recebido, a fim de se contrapor o custo de aquisição. E mesmo se o Fisco constatar notório descompasso entre o valor de transmissão e o de mercado, deverá ele arbitrar com base no valor de mercado do bem transmitido e não do bem recebido.

Sob a perspectiva teórica dos ganhos de capital (cf. tópico 1.1, *supra*), faz sentido a opção da Lei n. 7.713/1988 em dar o enfoque apenas no valor do bem transmitido e não no do bem recebido. A própria noção de ganhos de capital se refere ao valor que se acresceu a determinado capital. É a mais-valia obtida após

⁵⁰ Cf. art. 30 da Lei n. 9.250/1995.

⁵¹ Sobre o ônus de prova e forma especial (*e.g.*, laudos), cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; Galdino, Guilherme. O acesso aos benefícios dos acordos para evitar a dupla tributação e a exigência do “atestado de residência”. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 13, ano 6, 2024, p. 122-148 (133-134).

o período de aquisição, realizada com a transmissão. Assim, ao transmitir o bem, o que importa, para fins tributários, é o valor acrescido (*i.e.*, mais-valia). Esse é o acréscimo patrimonial realizado. O valor recebido em troca da alienação do bem, quando muito, poderia ser tomado como referência para o cálculo do valor transmitido – tal como nos regimes pretéritos em certas operações. Ou seja, o valor do bem recebido poderia servir, no máximo, como método indireto na apuração do valor do bem transmitido. Contudo, não é esse mais o regime jurídico vigente no Brasil.

Verifica-se, assim, que a hipótese tributária do IR sobre o ganho de capital se volta ao valor do bem transmitido, não ao valor do bem recebido, a ser cotejado com o custo de aquisição. Além das evidências a partir das considerações gerais sobre os ganhos de capital (cf. tópico 1.1, *supra*), fica claro que a formação da base de cálculo da tributação do ganho de capital parte do valor do bem disponibilizado, tal como prevê a legislação brasileira.

Ademais, o foco no valor do bem disponibilizado é também evidenciado a partir de eventos críticos sem contraprestação. Esse é o objeto do próximo tópico.

1.3. Do Princípio da Realização da Renda para os ganhos de capital: os eventos críticos sem contraprestação

Tributar a renda realizada não significa gravar a tributação apenas na compra e venda à vista, em dinheiro, pois há diversos eventos críticos possíveis, cabendo, ao legislador, determiná-los (1.3.1). A mesma discricionariedade se estende à eleição de eventos críticos no âmbito da tributação dos ganhos de capital, sendo que vários deles não pressupõem qualquer contraprestação, conforme se verifica em legislações estrangeiras (1.3.2) e na brasileira (1.3.3). Essa constatação evidencia o foco no valor do bem disponibilizado e não no valor do bem recebido.

1.3.1. Da discricionariedade na concretização do Princípio da Realização da Renda: a existência de vários eventos críticos possíveis

Teoricamente, a tributação da renda pode se basear em distintos critérios – ou eventos – de realização. Embora o conceito abrangente de renda, como na formulação pioneira de Schanz-Haig-Simons (“SHS”), englobe a mera valorização do bem, a tributação da renda costuma, na prática, atrelar-se a um *evento crítico* de realização⁵². Ou seja, apesar de o mero aumento de valor poder ser visto como um acréscimo patrimonial e, assim, denotar renda no sentido SHS, usualmente não se impõe a tributação sobre renda sem a ocorrência de um evento

⁵² Cf. POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série doutrina tributária v. VII*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 39 e 82-83.

crítico eleito pelo legislador⁵³. No entanto, vários são os eventos que podem ser escolhidos para concretizar o Princípio da Realização da Renda⁵⁴.

Por exemplo, considerando o itinerário de uma mercadoria desde a produção até a sua troca no mercado, existem diferentes eventos que podem ser eleitos como aptos a ensejar a incidência do Imposto de Renda, conforme bem apurados por Polizelli⁵⁵.

Constata o referido autor que, com a produção de uma mercadoria (t0), dá-se a valorização (t1), pois quem a detém “já experimenta um nível de riqueza maior (um acréscimo patrimonial)” em comparação com o momento anterior, dada a inexistência de organização de bens de produção para a “geração de valor econômico”⁵⁶. Há, assim, renda acumulada no valor da mercadoria e, por bem, experimentada economicamente pelo seu titular; logo, tem-se acréscimo patrimonial em sentido puro – em geral, mais amplo que o adotado pelas legislações⁵⁷, justamente porque haveria tributação sobre a mera valorização do bem, ainda não trocado em mercado.

Posteriormente à produção, Polizelli lembra que há diversos atos como “oferta, fechamento de contrato de venda, recebimento de adiantamento etc.”⁵⁸ Cada um deles poderia ser eleito, pela lei, como evento crítico de realização. De maneira genérica, pressupõe-se, para que a renda acumulada no valor do bem seja considerada realizada, uma *troca* (t2), a qual usualmente abrange a tradição de mercadoria ou a execução de serviços, surgindo um direito à contraprestação⁵⁹. O

⁵³ Cf. POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série doutrina tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 84.

⁵⁴ Essa é a “realização-diretriz alocação” em PAIVA, Marcos Vinicius. As diferentes dimensões normativas da realização da renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56, 2024, p. 453-473.

⁵⁵ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65.

⁵⁶ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65. Na mesma linha, cf. ARNOLD, Brian J. Timing and income taxation: the principles of income measurement for tax purposes. *Canadian Tax Paper* No. 71. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983, p. 123.

⁵⁷ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65, nota 59.

⁵⁸ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65.

⁵⁹ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65. Em linha semelhante, cf. ARNOLD, Brian J. Timing and income taxation: the principles of income measurement for tax purposes. *Canadian Tax Paper* No. 71. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983, p. 123.

evento crítico para a realização da renda pode depender do regime de competência (caracterizado pelo surgimento do direito à contraprestação, t2) ou do regime de caixa (momento do recebimento contraprestação, t3)⁶⁰. Cabe a eleição de um evento de realização para a renda-produto ou a renda-acréscimo, pois a renda pode ser, por exemplo, um aluguel (renda-produto) auferido em virtude da locação (troca), ou ainda lucro (renda-acréscimo) decorrente da venda de um bem (troca)⁶¹.

Verifica-se, assim, que o legislador pode escolher distintos eventos críticos – inclusive, sem pressupor o recebimento de um bem – para fins de tributação da renda.

1.3.2. Da discricionariedade na concretização do Princípio da Realização da Renda na tributação dos ganhos de capital

Não é diferente o caso dos ganhos de capital, no qual é possível que o legislador eleja diferentes eventos críticos em que a renda acumulada no valor do bem é considerada realizada, tornando o ganho tributável.

Por exemplo, em países de tradição anglo-saxã, é comum o emprego do termo *disposal* (ou *disposition*) como um gênero, sendo espécies as vendas, transferências, extinções de bens, dentre outros eventos, todos eles passíveis de denotar a realização.

No Reino Unido, entende-se que o ganho de capital é cobrado na disposição de bens (*disposal of assets*), sendo esta qualquer ocasião na qual a pessoa vende o bem ou o entrega⁶². A noção de disposição é ampla, pois abrange: a venda, doação ou troca de bens; a disposição de parte do ativo, inclusive, de um direito sobre o ativo (*leasing*); a perda ou destruição de um ativo; a transferência de um ativo no bojo de um acordo, entre outros⁶³. Por sua vez, existem eventos críticos que não são tratados como disposição para fins tributários, como é o caso da transferência de propriedade entre o *nominee* e o beneficiário efetivo⁶⁴.

⁶⁰ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 65.

⁶¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 9-10.

⁶² Cf. HMRC (His Majesty's Revenue and Customs). HMRC Internal Manual. Capital Gains Manual. CG10240 – Capital Gains Tax: basic concepts. Published on 12 March 2016. Updated on 12 March 2025. Disponível em: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/capital-gains-manual/cg10240>. Acesso em: 12 mar. 2025.

⁶³ Cf. KIMBER, Jacquelyn; WÜNSCHMANN-LYALL, Iris; ERWOOD, Cheris. *Capital Gains Tax 2021/2022*. Londres: Bloomsbury Professional, 2021, p. 44.

⁶⁴ Cf. KIMBER, Jacquelyn; WÜNSCHMANN-LYALL, Iris; ERWOOD, Cheris. *Capital Gains Tax 2021/2022*. Londres: Bloomsbury Professional, 2021, p. 44.

De maneira semelhante, na África do Sul, o termo *disposal* é definido de maneira ampla pela legislação como qualquer evento, ato, omissão ou operação de que resulte a criação, variação, transferência ou extinção de um bem⁶⁵. Daí a inclusão, como hipóteses de disposição de um bem, de doações, expropriações, quaisquer alienações ou transferências de propriedade de um ativo, dentre outros⁶⁶.

Na mesma linha, no Canadá, a expressão *disposition* inclui, além de outros eventos, a venda de bens e indenizações (*compensations*) recebidas em virtude de: bens ilegalmente tomados; bens destruídos ou perdidos; bens expropriados legalmente, dentre outros⁶⁷. Assim, segundo Arnold, o termo *disposition*, como evento de realização da renda acumulada por um bem, deve ser interpretado de forma ampla, de modo abarcar uma cessação (*cessation*), alienação (*alienation*), transferência de (parcela) de propriedade de bens, dentre outras operações⁶⁸.

Ao tratar dos vários eventos críticos para fins de realização de ganhos de capital, Henry Tilbery arrola: a venda, a permuta, a doação, a herança e as conversões involuntárias⁶⁹. Na sua concepção, para ensejar o Imposto de Renda sobre os ganhos de capital, seria importante que houvesse “uma alienação de propriedade – em contraposição à continuação da propriedade com possibilidade de receitas recorrentes”⁷⁰.

Apesar de utilizar o termo *alienação*, Tilbery trata-o de maneira ampla, justamente por envolver eventos como as conversões involuntárias. A esse respeito, o autor afirma que, no tocante à desapropriação e à destruição parcial ou total de um bem coberta por seguro, havendo excesso que supere, inclusive, a “distorção inflacionária”, poder-se-ia considerá-lo um verdadeiro ganho de capital⁷¹. Não à toa, o autor destaca que legislações de vários países sujeitam o referido excesso à tributação na qualidade de ganho de capital⁷².

⁶⁵ Cf. SWART, Gerard. Interpreting some core concepts governing the taxation of capital gains. *South African Mercantile Law Journal* v. 17, no. 1, 2005, p. 1-18 (6).

⁶⁶ Veja § 11 da Seção 26A em África do Sul, Section 26A do Income Tax Act 58 de 1962, tal como modificado pelo Act 5 de 2001. Disponível em: https://www.golegal.co.za/wp-content/uploads/2016/12/Income_Tax_Act-58-of-1962.pdf. Acesso em: 12 mar. 2025.

⁶⁷ Cf. ARNOLD, Brian J. Timing and income taxation: the principles of income measurement for tax purposes. *Canadian Tax Paper* No. 71. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983, p. 131.

⁶⁸ Cf. ARNOLD, Brian J. Timing and income taxation: the principles of income measurement for tax purposes. *Canadian Tax Paper* No. 71. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983, p. 132.

⁶⁹ Cf. TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 227 e ss.

⁷⁰ TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 228.

⁷¹ TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 230.

⁷² Cf. TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 230.

Parece claro que, no bojo da tributação da renda (e dos ganhos de capital, que desde há muito já não se distinguem conceitualmente da própria renda), o legislador pode se valer de diferentes eventos críticos para concretizar a realização, tornando o campo de incidência do imposto mais ou menos amplo, conforme o critério legal. Em muitos dos casos levantados hipoteticamente ou encontrados em legislações estrangeiras, inexiste direito ou bem recebido. Sejam exemplos: extinções de bens, doação, herança e expropriações/desapropriações.

1.3.3. Dos eventos críticos na tributação dos ganhos de capital no Brasil: a existência de eventos críticos sem contraprestação

No ordenamento brasileiro, ao exigir a *aquisição* de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza para a hipótese tributária do Imposto de Renda⁷³, o art. 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”) não elegeu critérios ou eventos específicos de realização da renda. A tarefa cabe ao legislador ordinário, que conta com certa discricionariedade para concretizar – na lei – o Princípio da Realização, dentro da baliza dada pelo CTN, inclusive, de modo a abranger eventos críticos sem contrapartida.

No âmbito do IRPF, o principal exemplo é a doação. Ao estabelecer tipos de operações aptas a ensejar ganhos de capital (“alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição”), o art. 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/1988 arrola, como exemplos, “compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins”⁷⁴. Embora a desapropriação também seja um exemplo de evento crítico sem contrapartida, a tributação já foi considerada inválida pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”)⁷⁵.

Igualmente, no âmbito do IRPJ chega-se à mesma conclusão: existem eventos críticos de realização do ganho de capital que independem de contraprestação. Segundo sua Exposição de Motivos, o art. 31 do Decreto-lei n. 1.598/1977 foi o responsável por adotar a “orientação geral de submeter os ganhos de capital ao

⁷³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio et al. (org.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 23-24.

⁷⁴ Para a defesa de que a promessa de cessão de direitos não poderia dar azo ao evento tributável, cf. UTUMI, Ana Cláudia Akie. *O regime tributário brasileiro do imposto sobre a renda de não-residentes: a fonte como critério de conexão*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 156.

⁷⁵ Sobre o afastamento da tributação na desapropriação, cf. STF. RE n. 72.014/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 14.02.1975; STF. Representação n. 1.260-3/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.08.1987; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imposto de renda não incide sobre indenização de desapropriação. *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 3, 1987, p. 36-37.

imposto somente quando realizados, isto é, quando a pessoa jurídica tem condições financeiras para suportar o ônus tributário”⁷⁶. Diferentemente da Lei n. 7.713/1988, esse dispositivo voltado ao IRPJ estabelece como eventos aptos ensejar ganho/perda de capital nas pessoas jurídicas, além da alienação e da liquidação⁷⁷, a baixa⁷⁸.

Nas palavras de Henry Tilbery, as *baixas* podem ser: *normais*, se ocorridas meramente pelo “decurso do tempo” como desgaste ou exaustão; ou *extraordinárias*, caso sejam decorrentes de perecimento, extinção ou obsolescência⁷⁹. Para o autor, a conversão involuntária de bem em dinheiro, como numa baixa por perecimento ou extinção, não poderia preencher o critério material da tributação dos ganhos de capital, uma vez que eventual “excedente da compensação recebida de companhia de seguros” não configuraria “aumento patrimonial”, mas mera “recomposição”⁸⁰. No entanto, já à época, reconhecia que a legislação não amparava seu entendimento⁸¹. Realmente, o recurso recebido a título de indenização deve ser confrontado com o valor contábil do bem, ficando o eventual excesso sujeito à tributação como ganho de capital⁸².

A existência de eventos críticos sem contraprestação não significa admitir uma tributação em caso de decréscimo patrimonial como se alega, por exemplo, nos casos de doação⁸³. Essa alegação é feita, inclusive, por alguns ministros em decisões do STF⁸⁴, cujo tema está pendente de julgamento de repercussão ge-

⁷⁶ Exposição de motivos do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Mensagem 16. *Diário do Congresso Nacional*, 22 de março de 1978, p. 252, item 17. Para a posição de que esse dispositivo foi um avanço em relação à realização da renda, cf. TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: das pessoas jurídicas: comentários ao Decreto-lei n. 1.598/77*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 25-26.

⁷⁷ Sobre o evento crítico “liquidação”, cf. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Adcoas/Justec, 1979, p. 622-623.

⁷⁸ Cf. na íntegra, Decreto-lei n. 1.598/1977, “Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, immobilizado ou intangível”.

⁷⁹ TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: das pessoas jurídicas: comentários ao Decreto-lei n. 1.598/77*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 62.

⁸⁰ TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: das pessoas jurídicas: comentários ao Decreto-lei n. 1.598/77*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 63.

⁸¹ TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: das pessoas jurídicas: comentários ao Decreto-lei n. 1.598/77*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 63.

⁸² Cf., e.g., RFB. Solução de Consulta Disit/SRRF09 n. 126, de 28 de março de 2006, item 13; RFB, Solução de Consulta Cosit n. 117, de 4 de agosto de 2021, item 43.2.

⁸³ Cf., e.g., TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda do Brasil: comentários à Lei 7.713/88*. São Paulo: IOB, 1989, p. 38; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 358.

⁸⁴ Cf., e.g., STF. Segundo Ag. Reg. no RE n. 1.425.609/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.05.2014, p. 17-18 (voto do Min. Dias Toffoli); STF. Ag. Reg. no RE n. 1.387.761/ES, Pri-

ral⁸⁵. Contudo, o acréscimo patrimonial corresponde à renda acumulada desde o momento de aquisição *até* o momento da disponibilização do bem. É esse o ganho de capital sujeito à tributação.

Falar em decréscimo patrimonial é confundir os momentos de apuração do ganho de capital, pois não se deve comparar o momento imediatamente anterior à disponibilização com o minuto seguinte, já sem o bem. O termo inicial não é o último átimo de segundo antes da disponibilização do bem, mas a data de aquisição do bem. Já o termo final não é o primeiro átimo de segundo depois da disponibilização (sem o bem), mas o próprio instante da disponibilização. O ganho de capital corresponde à contraposição entre o valor do bem disponibilizado no momento do evento crítico (termo final) e o custo de aquisição do bem (termo inicial).

Em síntese: há diversos casos em que é tributado o ganho de capital sem que haja qualquer contrapartida recebida pelo contribuinte. Existem variados eventos críticos em que são mensurados ganhos ou perdas de capital, não obstante a ausência de dinheiro ou de bem recebido. É irrelevante, portanto, a própria existência de qualquer contrapartida recebida para a configuração de um ganho de capital tributável. Esse ganho se dá pela simples constatação de que, ao longo do tempo em que detido pelo contribuinte, o bem se apreciou, em acréscimo ao patrimônio.

2. Da relevância do foco da tributação do ganho de capital no valor do bem disponibilizado: o caso da permuta

A constatação de que o foco da tributação do ganho de capital repousa no valor do bem disponibilizado (“o que sai”) possui impactos práticos. Não levar isso em consideração gera confusões. A permuta é um desses casos.

Apesar de ser comum a posição na literatura brasileira de que, em caso de permuta, *não* seria possível a tributação em virtude do não preenchimento da hipótese tributária do Imposto de Renda, os argumentos utilizados variam. São três os principais argumentos para defender a invalidade da cobrança de Imposto de Renda em caso de permuta, quais sejam: (2.1) ausência de liquidez; (2.2) ausência de preço; e (2.3) a equivalência jurídica das prestações.

Além de outras razões que exigem que se afastem esses argumentos, o foco da tributação do ganho de capital no valor do bem disponibilizado demonstra a irrelevância: da liquidez do bem recebido; da ausência de preço; e da equivalência jurídica das prestações. Conforme se pretende evidenciar, esses argumentos, implícita ou expressamente, dão enfoque ao bem recebido em detrimento do bem

meira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 22.02.2023 (voto do Min. Luís Roberto Barroso, corroborando a decisão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região que fala em “redução do patrimônio”).

⁸⁵ Para a decisão de admissibilidade do tema n. 1.391, cf. STF, Repercussão geral no RE n. 1.522.312/SC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2025.

disponibilizado. Igualmente, será necessário contestar (2.4) a posição de que o cálculo do ganho de capital, em permutas, deveria partir do valor dos bens recebidos conforme a contabilização do outro permutante.

Ressalta-se que, por se tratar de assunto controverso e com bastante literatura, não se tem a pretensão de esgotar as particularidades da tributação da permuta, como as especificidades das operações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização⁸⁶, as regras específicas voltadas a imóveis⁸⁷, o tratamento de ativos ou passivos sujeitos à avaliação a valor justo⁸⁸ e a racionalidade por trás de não se gravar permuta de bens de mesma natureza e valor⁸⁹.

2.1. Do argumento da ausência de liquidez

O argumento da ausência de liquidez possui duas variações.

A primeira variação do argumento, direcionado ao IRPF, pode ser formulada da seguinte maneira: como a tributação dependeria do regime de caixa (no sentido de conversão em dinheiro como na Contabilidade⁹⁰), a permuta não preencheria a hipótese tributária do ganho de capital⁹¹. Além de limitado ao IRPF, esse argumento não se sustenta à luz da legislação tributária brasileira, na medida em que, embora a tributação do IRPF exija, em geral⁹², a *percepção* dos “rendimentos e ganhos de capital”⁹³, ela alcança, em regra⁹⁴, quaisquer bens re-

⁸⁶ Cf. art. 16 da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e art. 65 da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Sobre esses dispositivos, cf. Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23 de setembro de 1991, e Parecer PGFN/PGA n. 454, de 7 de maio de 1992.

⁸⁷ Cf. IN SRF n. 107, de 14 de julho de 1988; art. 12 da IN SRF n. 84, de 11 de outubro de 2001; art. 132, II, do RIR/2018; e RFB, Parecer Normativo RFB/Cosit n. 9, de 4 de setembro de 2014.

⁸⁸ Cf., e.g., art. 13, § 6º, da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014.

⁸⁹ Para regra contábil que não caracteriza, como receita, a permuta de bens ou serviços de natureza e valor similares, cf. CPC. Pronunciamento Técnico CPC 30 (R1) – Receitas, item 12.

⁹⁰ Sobre o regime de caixa na contabilidade, cf., e.g., IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos. *Curso de contabilidade para não contadores*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 112.

⁹¹ Para posição nesse sentido, cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. A tributação do ganho de capital nas operações de permuta. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 200, 2012, p. 73-77 (75); BIFANO, Elidie Palma. Efeitos fiscais, na pessoa física, da permuta e da incorporação de ações. *XI Congresso Nacional de Estudos Tributários IBET – O direito tributário entre a forma e o conteúdo*. São Paulo, 2014, p. 329-356, item 4.2. Para a posição de que a tributação não depende do recebimento em dinheiro, mas corroborando a impossibilidade de tributar permuta, cf., e.g., OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I, p. 511.

⁹² A exceção é a tributação dos lucros apurados pelas entidades controladas no exterior nos termos do art. 5º da Lei n. 14.754, de 12 de dezembro de 2023.

⁹³ Lei n. 7.713/1988, art. 2º: “O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos”; e Lei n. 8.134, de 27 de dezembro de 1990, art. 2º: “O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11”.

⁹⁴ Além da permuta de imóveis, a exceção é a tributação de alimentos e pensões que precisam ser percebidos em dinheiro, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei n. 7.713/1988, e art. 3º do Decreto-lei

cebidos⁹⁵. A concretização do “regime de caixa” na legislação tributária brasileira não corresponde ao conceito contábil, mas é mais amplo por capturar o *recebimento* de dinheiro ou bens⁹⁶.

Já a segunda variação do argumento pode ser concebida da seguinte forma: como a tributação depende da disponibilidade de bens e direitos, é preciso que os bens e direitos recebidos possam, com facilidade, ser convertidos em pecúnia⁹⁷. Se o limiar da liquidez necessária repousa na distinção entre bens imóveis e móveis, então esse argumento explicaria a distinção encontrada na legislação brasileira ao estabelecer regras específicas para permutas com bens imóveis, afastando a tributação imediata⁹⁸. No entanto, essa previsão da isenção para bens imóveis é: ora vista como uma “isenção didática”, sem implicar a tributação em permuta dos demais bens e direitos⁹⁹; ora criticada por parte da literatura por falta de base legal e de pertinência no discrínem¹⁰⁰.

Na linha do argumento da ausência de liquidez – em qualquer uma de suas variações –, é comum encontrar a afirmação de que o evento crítico será apto a ensejar a tributação, contanto que “permita ao titular da renda separar uma por-

n. 1.301, de 31 de dezembro de 1973. Sobre o regime tributário das pensões alimentícias, cf. GALDINO, Guilherme. O imposto de renda sobre a pensão alimentícia: acertos e desacertos da ADI n. 5.422/DF. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 21, n. 122, 2023, p. 69-92.

⁹⁵ Lei n. 7.713/1988, art. 3º, §§ 1º e 4º.

⁹⁶ Cf., e.g., art. 2º, § 7º, da Resolução CSGN n. 140, de 22 de maio de 2018 (Simples Nacional): “[o] adimplemento das obrigações comerciais por meio de troca de mercadorias, prestação de serviços, compensação de créditos ou qualquer outra forma de contraprestação é considerado receita bruta para as partes envolvidas”.

⁹⁷ Para posição nesse sentido, cf. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Adcoas/Justec, 1979. v. I, p. 281.

⁹⁸ Cf. IN SRF n. 107, de 14 de julho de 1988; art. 12 da IN SRF n. 84, de 11 de outubro de 2001; e art. 132, II, do RIR/2018.

⁹⁹ Cf. SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328 (327); TOMAZELLA, Ramon. A tributação das operações com criptomoedas pelo imposto de renda nas leis internas e nos acordos de bitributação. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 20, n. 118, 2022, p. 39. Apesar de não falar em isenção didática, adota raciocínio similar, cf. NISHIOKA, Alexandre Naoki; MELO, Suzana Soares. Reflexões sobre o imposto de renda nas operações de permuta. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27, 2012, p. 269-283 (279); CAMPOS, Ruy Fernando Cortes de; SILVA, Lívia de Mello e; AQUINO, Ana Carolina Nicolao. A tributação do ganho de capital oriundo da permuta de participações societárias: uma análise comparativa das diretrizes da OCDE e das práticas nacionais e internacionais do Brasil. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 11, 2022, p. 98-115 (111).

¹⁰⁰ Cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. A tributação do ganho de capital nas operações de permuta. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 200, 2012, p. 73-77 (75); HADDAD, Gustavo Lian; LIU, Joana Chia Yin. O imposto de renda nas operações de permuta. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANAN JÚNIOR, Pedro (org.). *Imposto de renda da pessoa física à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. São Paulo: MP, 2014, p. 121-132 (125).

ção do ganho incorporado ao seu patrimônio para adimplir a obrigação tributária”¹⁰¹. Esse raciocínio adota como premissa, quanto implícita, a necessidade de ingresso financeiro para fins de tributação da renda, pois não é possível separar “bens” para quitar a obrigação tributária (salvo no caso específico da dação em pagamento¹⁰²). No entanto, nem o art. 43 do CTN nem a legislação ordinária exigem ingresso financeiro para a materialização da hipótese tributária da tributação da renda¹⁰³.

Sim, o critério da *disponibilidade* exige que o contribuinte possa empregar os recursos para a destinação que lhe aprouver, inclusive, para pagar os impostos¹⁰⁴. No caso do ganho de capital, o critério é satisfeito pela disposição do bem com ganho de detenção. A renda, na forma de acréscimo patrimonial, já estava representada enquanto mais-valia nas mãos do contribuinte. A partir da sua disponibilização como na transmissão em permuta, preenche-se a hipótese tributária do Imposto de Renda. A aquisição da disponibilidade sobre a renda – exigida pelo art. 43 do CTN – é revelada pelo emprego do bem, com ganho acumulado, em operação de permuta, tal como poderia ter sido mediante outros eventos críticos (e.g., compra e venda).

Por mais que considerações de política tributária sejam relevantes na delimitação de regimes jurídicos, inclusive, sob o ponto de vista da liquidez, tal argumento não afasta a presença de renda tributável. No caso do ganho de capital, a formação da renda é averiguada, para contrapor ao custo de aquisição, a partir do bem disponibilizado. Admitir a tributação do ganho de capital em permutas não significa conduzir à tributação do patrimônio do contribuinte¹⁰⁵, mas grava-

¹⁰¹ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328 (323). De maneira similar, cf. NEDER, Marcos Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada”. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307 (304-305).

¹⁰² Cf., e.g., art. 156, XI, do CTN.

¹⁰³ Para a posição de que não se faz necessário ingresso financeiro, cf., e.g., SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-26 (12); AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 146.

¹⁰⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32 (23-24).

¹⁰⁵ Com o argumento de que se gravaria o patrimônio, cf. NISHIOKA, Alexandre Naoki; MELO,

me sobre a mais-valia formada desde a aquisição do bem e constatada com a sua disponibilização mediante permuta.

Sustentar a liquidez como entrave à tributação desconsidera, por exemplo, a tributação de renda oriunda de eventos críticos sem contrapartida (cf. tópico 1.3, *supra*). Para além do ganho de capital, em diversas situações, admite-se a tributação sem tal liquidez. Cita-se, como exemplo, a tributação do regime de competência, que ocorre no momento do surgimento do direito como após a prestação do serviço, independentemente de quitação¹⁰⁶, ou na própria venda a prazo.

O problema do argumento da ausência de liquidez repousa no foco no bem recebido. Dá-se ênfase na liquidez do bem recebido, ao invés de se focalizar no eventual ganho obtido com a transmissão do bem disponibilizado. Ora, se é admissível a tributação em eventos críticos sem contrapartida e em linha com o regime de competência, não é plausível o argumento da liquidez para afastar a tributação nas permutas. O menor grau de liquidez pode até justificar um tratamento legislativo particular como o diferimento (*rollover*), mas não atesta a inconstitucionalidade da cobrança.

Ao lado do argumento da liquidez, sustenta-se o afastamento da tributação, nas permutas, em razão da ausência de preço, objeto do próximo tópico.

2.2. Do argumento da ausência de preço

O argumento da ausência de preço consiste na (suposta) falta de mensurabilidade, pois se diz que, sem preço, seria impossível formar a base de cálculo do Imposto de Renda¹⁰⁷. Chega-se a dizer que a mensuração determinada pela con-

Suzana Soares. Reflexões sobre o imposto de renda nas operações de permuta. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27, 2012, p. 269-283 (280).

¹⁰⁶ Cf. RFB. Solução de Consulta Cosit n. 111, de 22 de abril de 2014, itens 14 e 15.

¹⁰⁷ Para posição com esse argumento, cf., e.g., Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23 de setembro de 1991, itens 7, 16 e 19; FREITAS, Rodrigo de. Tributação da permuta de imóveis e as novas regras contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandre Broedel (org.). *Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3, p. 328; BIFANO, Elidio Palma. Efeitos fiscais, na pessoa física, da permuta e da incorporação de ações. *XI Congresso Nacional de Estudos Tributários IBET – O direito tributário entre a forma e o conteúdo*. São Paulo, 2014, p. 329-356, item 4.2; MARTINS, Eliseu; SANTOS, Ariovaldo dos; CANADO, Vanessa Rahal. Aspectos tributários e contábeis do reconhecimento de receita nas operações de permuta. *Interesse Público* v. 19, n. 102, 2017, p. 87-104 (103); NEDER, Marcos Vinícius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307 (302); NETO, Luís Flávio. Criptomoedas e hipóteses de (não) realização da renda para fins tributários: o encontro de “inovações disruptivas” da economia digital com a “tradição” dos institutos jurídicos brasileiros. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 444-461 (453); SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a

tabilidade na permuta seria meramente “estimada, presumida, e não realizada”¹⁰⁸.

Esse argumento não só confunde preço com valor¹⁰⁹, mas também desconsidera as hipóteses tributárias de ganhos de capital sem qualquer preço.

A formação da base de cálculo do Imposto de Renda sobre ganhos de capital não exige *preço*, mas *valor*¹¹⁰. Conforme explicita José Tadeu De Chiara, no direito positivo, o termo *preço* corresponde ao “‘quantum’ do pagamento em moeda que se constitui na prestação pela qual se assegura a satisfação a ser obtida pela contraprestação de natureza diversa da prestação”¹¹¹. No entanto, “nem toda a aferição de valor baseada no referencial monetário” configura “preço”¹¹². Em diversas relações jurídicas, exige-se um valor quantificado monetariamente, sem a existência de preço, como em proposições de ações judiciais e tributos patrimoniais¹¹³. No âmbito do Imposto de Renda, conforme exposto no item 1.2.2, *supra*, o valor de transmissão equivalerá ao preço efetivo, se existente; caso contrário, caberá ao contribuinte indicar o valor de mercado do bem disponibilizado. Portanto, o valor de transmissão pode ser igual ao preço, mas há hipóteses de valor, sem preço.

Existem também diversos eventos críticos previstos na tributação de ganho de capital em que inexiste preço. Consoante exposto no item 1.3, *supra*, tanto no âmbito do IRPF quanto no bojo do IRPJ, há previsões de eventos críticos de realização do ganho de capital que independem de contraprestação como na doação e na baixa por extinção. Não há preço, mas há tributação de ganho de capital. Ademais, há outras hipóteses tributárias do Imposto de Renda em que: inexiste

realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328 (323).

¹⁰⁸ SILVA, Fabiana Carsons Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328 (323). Em sentido similar, cf. PISCITELLI, Tathiane. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. *Revista Direito Tributário Atual* v. 40, 2021, p. 537-554 (550).

¹⁰⁹ Para destaque também de que há valor na permuta, apesar de não haver preço, cf. LUZ, Victor Lyra Guimarães. *O Ajuste a Valor Justo no imposto de renda: natureza jurídica e impactos fiscais*. Série *Doutrina Tributária* v. LVI. São Paulo: IBDT, 2024, p. 338.

¹¹⁰ Em linha similar, cf. AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 48.

¹¹¹ CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 111.

¹¹² CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 112.

¹¹³ Cf. CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p. 113.

preço, como nos prêmios distribuídos sob a forma de bens e serviços¹¹⁴; ou o preço pode ser desconsiderado para fins tributários, como nas regras de preços de transferência¹¹⁵, distribuição disfarçadas de lucros¹¹⁶ e nos casos de arbitramento por não merecerem fé como na previsão do art. 20 da Lei n. 7.713/1988 em relação a ganhos de capital.

Tendo isso em vista, é inconsistente exigir *preço* como condição para o preenchimento da hipótese tributária do Imposto de Renda sobre ganhos de capital. A mesma conclusão, obtém-se ao se examinar o argumento do recebimento de bem do mesmo valor.

2.3. Do argumento da equivalência jurídica das prestações

A partir da ideia de “equivalência jurídica” dos bens objeto de permuta¹¹⁷, sustenta-se a ausência de ganho em virtude do recebimento de bem do mesmo valor¹¹⁸, na medida em que “o custo do bem recebido em permuta” corresponde à “ao custo do bem entregue na operação em permuta”¹¹⁹. Esse argumento também costuma ser expresso com base na ideia de continuidade, no sentido de que haveria mera substituição dos bens¹²⁰. Desse modo, defende-se que haveria “mera

¹¹⁴ Cf. art. 63 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

¹¹⁵ Cf. Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023.

¹¹⁶ Cf. arts. 60 a 62 do Decreto-lei n. 1.598/1977.

¹¹⁷ Cf. NETO, Luís Flávio. Criptomoedas e hipóteses de (não) realização da renda para fins tributários: o encontro de “inovações disruptivas” da economia digital com a “tradição” dos institutos jurídicos brasileiros. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 444-461 (453).

¹¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de ações no direito tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 153. Em linha similar, cf. TRF da 4ª Região, Apelação/Reexame Necessário n. 5052793-42.2011.404.7000, Rel. Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, j. 22.09.2015; STJ, REsp n. 1.733.560/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.05.2018, p. 7; BIFANO, Elidio Palma. Efeitos fiscais, na pessoa física, da permuta e da incorporação de ações. *XI Congresso Nacional de Estudos Tributários IBET – O direito tributário entre a forma e o conteúdo*. São Paulo, 2014, p. 329-356, item 4.2; CAMPOS, Ruy Fernando Cortes de; SILVA, Lívia de Mello e; AQUINO, Ana Carolina Nicolao. A tributação do ganho de capital oriundo da permuta de participações societárias: uma análise comparativa das diretrizes da OCDE e das práticas nacionais e internacionais do Brasil. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 11, 2022, p. 98-115 (110).

¹¹⁹ TOMAZELA, Ramon. A tributação das operações com criptomoedas pelo imposto de renda nas leis internas e nos acordos de bitributação. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 20, n. 118, 2022, p. 39. Na mesma linha, cf. GUTIERREZ, Miguel Delgado. A tributação do ganho de capital nas operações de permuta. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 200, 2012, p. 73-77 (76); NETO, Luís Flávio. Entre o amor e a indiferença: vamos discutir a relação? O relacionamento do direito tributário com o direito privado e o caso da permuta de ações sem torna. *Revista Direito Tributário Atual* v. 38, 2017, p. 92-116 (103).

¹²⁰ Cf. Parecer PGFN/PGA n. 454, de 7 de maio de 1992, item g, p. 13-14; NISHIOKA, Alexandre Naoki; MELO, Suzana Soares. Reflexões sobre o imposto de renda nas operações de permuta. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27, 2012, p. 269-283 (282); HADDAD, Gustavo Lian; LIU, Joana

expectativa de ganho na futura e incerta alienação ou baixa do bem recebido”¹²¹, pois só se poderia cogitar de um acréscimo patrimonial “efetivo” na alienação do bem permutado¹²².

A pretexto de demonstrar a irrelevância da desigualdade dos valores dos bens trocados para fins de configuração da permuta¹²³, em razão da comutatividade das prestações estabelecidas pelos permutantes, procura-se concluir que não haveria ganho porque os custos se equivaleriam, i.e., o custo para ter o bem recebido seria igual ao custo do bem disponibilizado na troca. Chega-se a dizer que, como “a parte do contrato de permuta não incorre[ria] em qualquer outro custo além daquele que teve para adquirir o bem entregue na permuta (ou seja, o custo histórico do bem entregue)”, tornar-se-ia evidente que “o custo para ter o bem recebido em permuta” seria igual ao “custo do bem entregue na troca”¹²⁴.

O fundamento do argumento – a tal equivalência jurídica na permuta – não leva a tais conclusões. Além de partir da ideia de que (2.3.1) o único sacrifício do contribuinte seria o bem disponibilizado, (2.3.2) tal raciocínio enxerga na equivalência jurídica o fundamento para atribuir, como valor de alienação do bem per-

Chia Yin. O imposto de renda nas operações de permuta. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANAN JÚNIOR, Pedro (org.). *Imposto de renda da pessoa física à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. São Paulo: MP, 2014, p. 121-132 (125); NETO, Luís Flávio. Entre o amor e a indiferença: vamos discutir a relação? O relacionamento do direito tributário com o direito privado e o caso da permuta de ações sem torna. *Revista Direito Tributário Atual* v. 38, 2017, p. 92-116 (103); SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328 (323).

¹²¹ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARIA, Renato Vilela. Permuta de participações societárias e ganho por compra vantajosa *versus* princípio da realização da renda – desdobramentos tributários e registros contábeis. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: homenagem aos 50 anos do IBDT*. São Paulo: IBDT, 2024, p. 705-730 (715).

¹²² Cf. NEDER, Marcos Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307 (290).

¹²³ Para considerações de que a desigualdade pode desnaturar a permuta (se excessiva e intencional) ou gerar outros efeitos (*e.g.*, anulabilidade, alocação distinta das despesas com o instrumento de troca), cf., *e.g.*, GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 325 e 327-328; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 148-149.

¹²⁴ TOMAZELA, Ramon. A tributação das operações com criptomoedas pelo imposto de renda nas leis internas e nos acordos de bitributação. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 20, n. 118, 2022, p. 39. Na mesma linha, cf. SOUZA JR., Antonio Carlos F. de. A permuta de participação societária e o momento de aquisição da renda. In: OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo (org.). *Direito tributário: comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional: estudos em homenagem a Souto Maior Borges*. Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 63-95 (80).

mutado e como custo de aquisição do bem recebido, o custo de aquisição do bem permutado, o que revelaria mera expectativa de renda na permuta.

2.3.1. Do sacrifício do permutante

Se a acepção de *sacrifício* corresponde à prestação em si, é óbvio que, na permuta, o único sacrifício seja a transmissão do bem. No entanto, essa concepção de sacrifício é descolada dos preceitos civilistas e da noção de custo de aquisição do ganho de capital.

Considerando *sacrifício* como o conjunto de todos os elementos patrimoniais negativos incorridos na obtenção de um bem, o próprio Código Civil reconhece a possibilidade de haver despesas com o instrumento de troca, prevendo que, salvo disposição em contrário, cada permutante arcará com metade das despesas¹²⁵. Logo, reconhece-se a possibilidade de existirem despesas para a realização da permuta.

No âmbito da tributação do ganho de capital, dizer que o sacrifício é apenas o bem disponibilizado afasta a possibilidade de se considerar, como custo de aquisição do bem recebido, diversas despesas inerentes a tal aquisição. Por exemplo, para bens móveis ou direitos, a própria legislação brasileira admite, como custo de aquisição, “os dispêndios realizados com a conservação e reparos, a comissão ou a corretagem quando não transferido o ônus ao adquirente, os juros e demais acréscimos pagos, etc.”¹²⁶ A título ilustrativo, duas pessoas podem permutar participações societárias contando com a atuação de um corretor. Para o permutante que arcou com o ônus da corretagem, o custo de aquisição do bem recebido também abrangeará essa despesa.

Portanto, é evidente que, no âmbito da tributação dos ganhos de capital, cada permutante pode ter outros sacrifícios além da transmissão do bem. E mais: a equivalência jurídica não significa que o valor do bem permutado, sacrificado, corresponda ao custo de aquisição, conforme se passa a demonstrar.

2.3.2. Da equivalência jurídica no momento da permuta: a existência de efetiva renda passível de tributação e não de mera expectativa

Atribuem-se à equivalência jurídica efeitos que não lhe dizem respeito. Reconhecer a equivalência jurídica não significa que, para cada permutante, o valor de alienação do bem disponibilizado seja igual ao custo de aquisição desse bem e, também, igual ao custo de aquisição do bem recebido.

¹²⁵ Cf. na íntegra: “Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I – salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; [...]”.

¹²⁶ Cf. art. 17, II, da IN SRF n. 84, de 11 de outubro de 2001.

A equivalência jurídica é verificada no momento da troca, não no momento da aquisição do bem de cada permutante. Por isso, desde a aquisição até o momento da transmissão, é inegável a possibilidade de formação de mais-valia (ou de menos-valia). A equivalência jurídica representa a comutatividade das prestações das partes, mas não nega a formação de mais-valia (ou de menos-valia) de cada bem permutado. Afinal, os momentos de aquisição de cada bem objeto da permuta são anteriores ao instante da permuta em si. A equivalência jurídica repousa nas prestações no momento da permuta, sem dizer respeito à eventual formação de ganho/perda de cada permutante até aquele instante.

No entanto, a partir da equivalência jurídica, dizer que os permutantes manteriam a posição patrimonial antes da troca¹²⁷ deixa de lado toda a formação da renda (ou perda) acumulada no bem adquirido anteriormente, como se os momentos de aquisição e da permuta fossem os mesmos. Ora, com base no fundamento de que a tributação do ganho de capital repousa no cotejo do valor do bem disponibilizado com o custo de aquisição, resta evidente que, no instante da permuta, a equivalência jurídica não pode significar meramente o sacrifício do bem consoante seu custo de aquisição. É possível a acumulação do ganho de detenção desde a aquisição até o momento da permuta. Eis a materialidade da tributação do ganho de capital.

Por isso, falar em continuidade ou substituição desnatura o fundamento da tributação do ganho de capital¹²⁸. Equivalência jurídica decorrente das prestações na permuta não significa manutenção do mesmo bem no patrimônio de cada permutante. Pelo contrário, há troca, mudança, escambo entre as partes. De um lado, o bem permutado pode ter sido acompanhado de um ganho de detenção, revelado no momento da troca. De outro lado, a partir da aquisição do bem recebido, poderá se acumular nova mais-valia.

O evento crítico (disponibilização do bem em permuta) gera uma aquisição de disponibilidade sobre a renda correspondente ao ganho acumulado até então, i.e., sobre a diferença positiva entre o valor do bem disponibilizado no momento da permuta (termo final) e o custo de aquisição do bem (termo inicial).

Por exemplo, se Tício adquiriu as ações da empresa Alpha S.A. e, posteriormente, permutou-as pelas ações da empresa Beta S.A., de Mévio; então, cada

¹²⁷ Para essa afirmação, cf., e.g., BIFANO, Elidie Palma. Efeitos fiscais, na pessoa física, da permuta e da incorporação de ações. *XI Congresso Nacional de Estudos Tributários IBET – O direito tributário entre a forma e o conteúdo*. São Paulo, 2014, p. 329-356, item 4.2; CAMPOS, Ruy Fernando Cortes de; SILVA, Lívia de Mello e; AQUINO, Ana Carolina Nicolao. A tributação do ganho de capital oriundo da permuta de participações societárias: uma análise comparativa das diretrizes da OCDE e das práticas nacionais e internacionais do Brasil. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 11, 2022, p. 98-115 (110).

¹²⁸ De maneira similar, cf. AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 126.

permutante, Tício e Mévio, poderá ter um ganho ou uma perda em decorrência desse evento. Após a troca, Tício será proprietário das ações da empresa Beta S.A. e, caso incorra em novo evento crítico, poderá ter um ganho ou uma perda. Igualmente, a mesma possibilidade valerá para Mévio com relação às ações da empresa Alpha S.A.

Assim, há uma mistura de duas apurações de ganhos de capital distintos na afirmação de que, na permuta, existiria mera expectativa de ganho, na medida em que ele só se verificaría em caso de novo evento crítico em relação ao bem recebido. Existe uma confusão porque se aglomeram ganhos diversos em relação a bens distintos, adquiridos em momentos diferentes e cuja realização se verificou em decorrência de eventos críticos díspares.

É verdade que essa confusão se explica (mas não se justifica) em razão da sistemática do *rollover*¹²⁹ encontrado no âmbito do Programa Nacional de Desestatização¹³⁰, nas regras voltadas a imóveis¹³¹ e no tratamento de ativos ou passivos sujeitos a avaliação a valor justo¹³². Independentemente das razões para a concessão desse *rollover* em cada caso, não se revela uma “lógica do sistema”¹³³ no sentido usualmente defendido de que permutes sem torna não poderiam ser sujeitas à tributação da renda¹³⁴. Eventual tendência de política tributária não significa extraír efeitos da equivalência jurídica nas prestações da permuta incompatíveis com a tributação do ganho de capital. Ela não é capaz de desvirtuar a concepção de ganho de capital, voltada à formação de ganho desde a aquisição, revelado, com base na realização da renda, a partir de eventos críticos, inclusive, sem contrapartida (*e.g.*, doação e extinção por baixa) ou apenas sem preço (*e.g.*, permuta).

¹²⁹ Sobre técnicas de diferimento na tributação da renda, cf. ARNOLD, Brian J. *Timing and income taxation: the principles of income measurement for tax purposes*. *Canadian Tax Paper* No. 71. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983, p. 199. Para exceções de não tributação de ganhos de capital no Anteprojeto do Código do Imposto de Renda, cf. art. 305, § 5º, em FAZENDA. Comissão de Reforma do Ministério da. Anteprojeto de Código do Impôsto de Renda. Fundação Getúlio Vargas, 1965, p. XXVI e 125.

¹³⁰ Cf. art. 16 da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e art. 65 da Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Sobre esses dispositivos, cf. Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23 de setembro de 1991, e Parecer PGFN/PGA n. 454, de 7 de maio de 1992.

¹³¹ Cf. IN SRF n. 107, de 14 de julho de 1988; art. 12 da IN SRF n. 84, de 11 de outubro de 2001; e art. 132, II, do RIR/2018.

¹³² Cf. art. 13, § 6º, da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014.

¹³³ NETO, Luís Flávio. Entre o amor e a indiferença: vamos discutir a relação? O relacionamento do direito tributário com o direito privado e o caso da permuta de ações sem torna. *Revista Direito Tributário Atual* v. 38, 2017, p. 92-116 (108). Em sentido similar, cf. POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012, p. 327, nota 188.

¹³⁴ Cf., *e.g.*, ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI. *Revista Direito Tributário Atual* v. 44, 2020, p. 473-492 (488).

A título ilustrativo, a providência de se conceder um *rollover* nos casos de integralização capital¹³⁵ não atesta a incompetência da tributação de ganhos de capital nessas operações. Pelo contrário, apesar de a tributação nessas operações já ter sido objeto de controvérsia¹³⁶ e ainda haver divergência a respeito de sua natureza¹³⁷, a conferência de bem uma integralização de capital social não disfarça a efetiva transmissão em típico ato de alienação, suscitando a realização de ganho de capital tributável¹³⁸. Afinal, os bens não ficam mais vinculados ou de qualquer forma ligados ao subscritor, mas são transmitidos efetivamente à sociedade, integrando o seu patrimônio. Tanto é assim que, em caso de “redução de capital com restituição de uma parte dele em data futura, essa devolução poderá ocorrer em dinheiro, sem que possa o referido” sócio exigir “a devolução do bem” antes conferido¹³⁹.

No entanto, não se afirma, a partir da tendência da legislação tributária brasileira de conceder um *rollover* na integralização de capital, que seria mera decorrência lógica a incompetência de se tributar imediatamente o ganho de capital por ela verificado. Assim não se faz porque é evidente a possibilidade de formação de mais-valia desde a aquisição do bem até a sua alienação mediante integralização na sociedade.

Em suma: equivalência jurídica nas prestações da permuta significa tão somente que, no momento desse negócio jurídico, as partes enxerguem comutatividade entre os bens permutados. Ela não significa comutatividade entre os valores dos bens à época da aquisição pelos permutantes. Daí a possibilidade de acumu-

¹³⁵ Cf. art. 23 da Lei n. 9.249/1995; e art. 17 da Lei n. 12.973/2014.

¹³⁶ Para posição em defesa da incompetência na tributação, cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito tributário comparado*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 49-51. Para considerações, à luz da legalidade e da possibilidade de variar a conclusão a depender de se tratar de cota ou de ações, cf. CANTO, Gilberto de Ulhôa. Bens do ativo de pessoa jurídica: valores a considerar quando objeto de alienação. Simulação. Rendimento e mais-valia, realização. Distribuição disfarçada de lucros. Versão de bens em pagamento de capital, natureza jurídica. Ficção legal. Evasão fiscal e fuga à incidência. In: CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Estudos e pareceres de direito tributário (imposto sobre a renda)*. São Paulo: RT, 1975, p. 337-357. Sobre o tema, cf. TILBERRY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: nas vendas de participações societárias pelas pessoas físicas*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978, p. 28.

¹³⁷ Para a posição de que é uma permuta, cf. MUNIZ, Ian. *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 36. Já para o entendimento de que é uma alienação especial, cf. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 1, p. 132. Por sua vez, para defesa de ser simples forma de pagamento, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas: artigos 1º a 74*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 196. Para controvérsias em torno da incorporação de ações, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 200, 2012, p. 44-72.

¹³⁸ Cf. RFB. Solução de Consulta SRRF-8/Disit n. 132, de 2 de junho de 2006, itens 12.1, 12.2 e 13. No mesmo sentido, cf. RFB. Solução de Consulta SRRF-10/Disit n. 157, de 26 de outubro de 2012.

¹³⁹ MUNIZ, Ian. *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 36-37.

lação do ganho de detenção desde a aquisição (termo inicial) até o momento da permuta (termo final), passível de tributação como ganho de capital.

Em contraposição à corrente que sustenta a impossibilidade de tributação das permutas, há entendimento pela tributação, mas tomando como valor de alienação do bem permutado o valor da contabilização do bem recebido pelo outro permutante.

2.4. Do bem recebido conforme a contabilização no outro permutante

Posteriormente às manifestações do início da década de 1990¹⁴⁰, favoráveis à não tributação dos ganhos de capital em permutas, as autoridades tributárias passaram a se posicionar em defesa da tributação¹⁴¹. Desde então, encontra-se posição em favor da validade dessa tributação¹⁴², também presente em decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”)¹⁴³.

Além das controvérsias já abordadas nos tópicos anteriores, discute-se a forma de apuração da tributação do ganho de capital nas permutas, pois existem decisões admitindo a importação dos valores contábeis, *i.e.*, cada permutante deveria averiguar qual é a contabilização do bem recebido pelo outro permutante, pois este deveria ser o valor de alienação do bem disponibilizado.

Por exemplo, no Caso Colorado¹⁴⁴, afirmou-se que, “[n]permuta de ações, a diferença entre o valor contábil das ações recebidas e das ações transferidas constitui-se ganho tributável pelo IRPJ, por aplicação do disposto no art. 31 do Decreto-lei n. 1.598/77”¹⁴⁵. Sem esmiuçar as razões para aplicação do art. 31 do Decreto-lei n. 1.598/1977, decidiu-se pela contraposição entre o valor das ações recebidas conforme contabilizadas na adquirente e o valor contabilizado das ações entregues¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Cf., *e.g.*, PGFN, Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23 de setembro de 1991, e PGFN, Parecer PGFN/PGA n. 454, de 7 de maio de 1992.

¹⁴¹ Cf., *e.g.*, PGFN, Parecer PGFN/CAT n. 1.722, de 9 de setembro de 2013.

¹⁴² Cf., *e.g.*, AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, *passim*.

¹⁴³ Cf., *e.g.*, CARF. Ac. n. 1302-001.080, 3^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, j. 07.05.2023; CARF. Ac. n. 2401-004.519, 4^a Câmara, 1^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Cleberson Alex Friess, j. 21.09.2016; CSRF. Ac. n. 9101-002.335, 1^a Turma, Rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 21.09.2016; CARF. Ac. n. 2402-005.779, 4^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Mário Pereira de Pinho Filho, j. 06.04.2017; CSRF. Ac. n. 9202-005.535, 2^a Turma, Rel. Cons. Luiz Eduardo de Oliveira Santos, j. 27.06.2017; CARF. Ac. n. 2201-011.974, 2^a Câmara, 1^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Thiago Álvares Feital, j. 05.12.2024.

¹⁴⁴ Cf. CARF. Ac. n. 1302-001.080, 3^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, j. 07.05.2023; e CSRF, Ac. n. 9101-002.335, 1^a Turma, Rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 21.09.2016.

¹⁴⁵ CARF. Ac. n. 1302-001.080, 3^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, j. 07.05.2023, p. 1.

¹⁴⁶ Cf. CARF, Ac. n. 1302-001.080, 3^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, j. 07.05.2023, p. 10.

Igualmente, no Caso Fibria, o “custo de aquisição do investimento recebido” foi considerado como o “valor do investimento dado em troca”, a fim de cotejá-lo com o “custo original do investimento dado”¹⁴⁷. Extraiu-se essa forma de apuração a partir do art. 31, § 1º, do Decreto-lei n. 1.598/1977¹⁴⁸, segundo o qual “a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada”. Com ênfase na expressão *valor contábil do bem*, o relator, Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, enxergou uma referência tanto ao “valor contábil do ativo que foi transferido” quanto do “valor do novo ativo que foi adquirido por permuta”¹⁴⁹.

A partir da equivalência jurídica, esse raciocínio incorre no mesmo equívoco explorado no tópico 2.3.2, *supra*. Afinal, trata a comutatividade das prestações como atributiva de valor, desconsiderando a formação do ganho com foco no bem disponibilizado. Ao usar o custo de aquisição do bem recebido no outro permutante como o valor de alienação do bem transmitido, tal posição desnatura, *in totum*, a concepção do ganho de capital, sem respaldo legal.

Não há qualquer previsão no art. 31 do Decreto-lei n. 1.598/1977 para que se empregue, como valor de alienação do bem disponibilizado, o valor do bem recebido conforme contabilizado pelo outro permutante¹⁵⁰. O valor contábil de que trata o § 1º desse artigo se refere tão somente ao *custo de aquisição* do bem disponibilizado. Tanto é assim que prevê a possibilidade de diminuição desse valor em virtude de depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

O cálculo do valor de alienação não deve considerar o valor do bem recebido, pois, afora ausência de previsão legislativa, só poderia ocorrer como método de apuração indireta. Afinal, a tributação do ganho de capital visa a gravar o ganho acumulado, desde o momento da aquisição até sua realização/avaliação periódica. A própria noção de ganhos de capital se refere ao valor que se acresceu a determinado capital. É a mais-valia obtida após o período de aquisição, realiza-

¹⁴⁷ CSRF. Ac. n. 9101-002.172, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, j. 19.01.2016, p. 24. Para críticas a esse caso, mas com vários argumentos opostos aos apresentados neste artigo, cf. NEDER, Marcos Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307 (303).

¹⁴⁸ CSRF, Ac. n. 9101-002.172, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, j. 19.01.2016, p. 26-28.

¹⁴⁹ CSRF. Ac. n. 9101-002.172, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, j. 19.01.2016, p. 28.

¹⁵⁰ Cf. NEDER, Marcos Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307 (303).

da com a transmissão/avaliação periódica. Esse é o acréscimo patrimonial submetido à tributação. Por isso, a tributação do ganho de capital considera, para fins de cotejo com o custo de aquisição, o valor do bem transmitido e *não* o do bem recebido. Quando muito, o valor recebido em troca da alienação do bem é tomado como referência para o cálculo do valor transmitido como exposto no item 1.2.1, *supra*¹⁵¹. Ou seja, o valor do bem recebido atua, no máximo, como referência indireta do valor de transmissão do bem. Mas não é esse o caso do regime atual.

Portanto, salvo se excepcionalmente previsto de modo diverso, a tributação do ganho de capital não imputará ao bem recebido o mesmo custo do bem dado. Pelo contrário, ela verificará a eventual existência de ganho de capital realizado mediante a entrega do bem a partir, por exemplo, da verificação do seu valor de mercado do bem entregue (*e.g.*, art. 19, parágrafo único, da Lei n. 7.713/1988). Em síntese: é possível a tributação em caso de permuta, pois poderá haver aquisição de disponibilidade de provento de qualquer natureza (leia-se: ganho de capital).

Conclusão

Este artigo teve por objeto examinar o ganho de capital, a fim de averiguar, de maneira analítica, se o foco da sua tributação parte, para fins de contraposição com o custo de aquisição, do valor do bem recebido *ou* do valor do bem disponibilizado (ou sujeito à avaliação periódica).

Concluiu-se que o foco da tributação do ganho de capital é o valor do bem disponibilizado (“o que sai”) e não eventual valor do bem recebido (“o que entra”), pois:

1. O ganho de capital consiste no acréscimo patrimonial, não recorrente, formado após a aquisição de um bem, a ser apurado na sua avaliação periódica (*accrual basis*) ou até a ocorrência de um evento crítico que o desencadeia (*realisation basis*), mediante a contraposição com seu custo de aquisição;
2. A formação da base de cálculo do ganho de capital evidencia o foco no valor do bem disponibilizado. Por se tratar de um ganho acumulado desde a data de aquisição até a sua disposição, o importante é averiguar o valor do bem disponibilizado (“o que sai”), de modo a dele diminuir o custo, calculando-se daí o ganho. Admite-se, como método indireto de apuração do valor do bem transmitido, a possibilidade de referência ao valor do bem recebido (“o que entra”), tal como o regime anterior à Lei n. 7.713/1988;
3. A existência de eventos críticos de realização do ganho de capital que independem de contraprestação evidenciam o foco no valor do bem dis-

¹⁵¹ Cf. art. 3º, *b*, do Decreto-lei n. 1.510/1976; e art. 2º, § 2º, *b*, do Decreto-lei n. 1.641/1978.

ponibilizado. Se há incidência de Imposto de Renda sobre ganho de capital e, ao mesmo tempo, inexiste bem recebido (*e.g.*, doação, baixa por extinção), então é cristalino o foco no valor do bem disponibilizado;

4. O acréscimo patrimonial denominado de *ganho de capital* corresponde à contraposição entre o valor do bem disponibilizado no momento do evento crítico (termo final) e o custo de aquisição do bem (termo inicial).

No que diz respeito à tributação do ganho de capital nas permutas, constatou-se que:

- a) O argumento da liquidez foca no bem recebido, ao invés de averiguar o ganho de capital decorrente da transmissão do bem disponibilizado, e desconsidera os casos de tributação de ganho de capital sem contrapartida e de tributação sob o regime de competência;
- b) O argumento da ausência de preço (mensurabilidade) confunde *preço* com *valor* e desconsidera a tributação decorrente de eventos críticos sem contraprestação ou mesmo nas hipóteses em que o preço é ajustado ou afastado;
- c) A equivalência jurídica não é pertinente para se concluir pela ausência de ganho, tampouco revela continuidade ou mera substituição, pois:
 - Com base no fundamento de que a tributação do ganho de capital repousa no valor do bem disponibilizado, resta evidente que, no instante da permuta, a equivalência jurídica não pode significar meramente o sacrifício do bem consoante seu custo de aquisição;
 - É evidente que, no âmbito da tributação dos ganhos de capital, cada permutante pode ter outros sacrifícios além da transmissão do bem (*e.g.*, despesas inerentes à aquisição como a corretagem);
 - A equivalência jurídica é verificada no momento da troca, não no momento da aquisição do bem de cada permutante. Por isso, desde a aquisição (termo inicial) até o momento da transmissão (termo final), é inegável a possibilidade de formação de mais-valia (ou de menos-valia). A equivalência jurídica representa a comutatividade das prestações das partes, mas não nega a formação de mais-valia (ou de menos-valia) de cada bem permutado;
 - Tampouco há continuidade ou substituição, pois existe troca entre as partes, podendo-se revelar ganho no momento da troca e, posteriormente, a partir da aquisição do bem recebido. Há ganhos (ou perdas) diversos em relação a bens distintos, adquiridos em momentos diferentes e cuja realização se verifica em decorrência de eventos críticos disparem.
- d) Também não é admissível importar os valores contábeis, no sentido de se exigir, de cada permutante, a verificação da contabilização do bem rece-

bido pelo outro permutante, a fim de buscar o valor de alienação do bem disponibilizado. Além da ausência de base legal, desconsidera a concepção de ganho de capital como o ganho acumulado, desde o momento da aquisição até sua realização/avaliação periódica.

Bibliografia

- ABRANTES, Emmanuel Garcia. A realização da renda da pessoa jurídica: novas impressões sobre o conceito de aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. *Série Doutrina Tributária v. XLIV*. São Paulo: IBDT, 2021.
- AMARO, Felipe Melo. *A tributação das operações de permuta pelo imposto de renda*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.
- ARNOLD, Brian J. Timing and Income Taxation: the principles of income measurement for tax purposes. *Canadian Tax Paper No. 71*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.
- AULT, Hugh J. *Comparative income taxation: a structural analysis*. The Hague: Kluwer Law International, 1997.
- AUSTRÁLIA. Federal Court. Caso Virgin Holdings SA vs. Federal Commissioner of Taxation, FCA 1503, j. 10 de outubro de 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.
- BIFANO, Elidie Palma. Efeitos fiscais, na pessoa física, da permuta e da incorporação de ações. *XI Congresso Nacional de Estudos Tributários IBET – O direito tributário entre a forma e o conteúdo*. São Paulo, 2014, p. 329-356.
- CAMPOS, Ruy Fernando Cortes de; SILVA, Lívia de Mello e; AQUINO, Ana Carolina Nicolao. A tributação do ganho de capital oriundo da permuta de participações societárias: uma análise comparativa das diretrizes da OCDE e das práticas nacionais e internacionais do Brasil. *Revista Direito Tributário Internacional Atual v. 11*, 2022, p. 98-115.
- CANTO, Gilberto de Ulhôa. Bens do ativo de pessoa jurídica: valores a considerar quando objeto de alienação. Simulação. Rendimento e mais-valia, realização. Distribuição disfarçada de lucros. Versão de bens em pagamento de capital, natureza jurídica. Ficção legal. Evasão fiscal e fuga à incidência". In: CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Estudos e pareceres de direito tributário (imposto sobre a renda)*. São Paulo: RT, 1975, p. 337-357.
- CARF. Ac. n. 1302-001.080, 3^a Câmara, 2^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, j. 07.05.2023.
- CARF. Ac. n. 2201-011.974, 2^a Câmara, 1^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Thiago Álvares Feital, j. 05.12.2024.
- CARF. Ac. n. 2401-004.519, 4^a Câmara, 1^a Turma Ordinária, Rel. Cons. Cleber-son Alex Friess, j. 21.09.2016.

- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas: artigos 1º a 74.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- CHIARA, José Tadeu de. *Moeda e ordem jurídica.* Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986.
- COLLISON, David. "The UK capital gains tax: the conception of the 1965 act". In: HARRIS, Peter; COGAN, Dominic de (coord.). *Studies in the history of tax law.* Oxford: Hart, 2019. v. IX, p. 327-363.
- CPC. Pronunciamento Técnico CPC 30 (R1) – Receitas.
- CPC. Pronunciamento Técnico CPC 46 – Mensuração do Valor Justo.
- CSRF. Ac. n. 9101-002.172, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, j. 19.01.2016.
- CSRF. Ac. n. 9101-002.335, 1ª Turma, Rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 21.09.2016.
- CSRF. Ac. n. 9202-005.535, 2ª Turma, Rel. Cons. Luiz Eduardo de Oliveira Santos, j. 27.06.2017.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada.* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 1.
- FAZENDA. Comissão de Reforma do Ministério da. Anteprojeto de Código do Impôsto de Renda. Fundação Getulio Vargas, 1965.
- FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital.* Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191-215.
- FREIRE, André Borges Coelho de Miranda. Os princípios constitucionais da universalidade e da progressividade comportam um regime diferenciado na tributação do ganho de capital? *Revista Direito Tributário Atual* v. 46, 2020, p. 58-80.
- FREITAS, Rodrigo de. Tributação da permuta de imóveis e as novas regras contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos).* São Paulo: Dialética, 2012. v. 3, p. 315-331.
- GALDINO, Guilherme. *A progressividade do imposto de renda “na forma da lei”.* Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024.
- GALDINO, Guilherme. Do art. 2(4) das Convenções Modelo: função, aplicação e a política brasileira. *Revista Direito Tributário Atual* v. 29, 2018, p. 171-207.
- GALDINO, Guilherme. Imposto de renda e ganhos de capital auferidos por não residentes: progressividade, universalidade e generalidade. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 22, n. 127, 2024, p. 79-99.
- GALDINO, Guilherme. O imposto de renda sobre a pensão alimentícia: acertos e desacertos da ADI n. 5.422/DF. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 21, n. 122, 2023, p. 69-92.

- GARBARINO, Carlo. Regime fiscal das reorganizações internacionais e no âmbito da União Europeia. Trad. de Paulo Victor Vieira da Rocha. *Revista Direito Tributário Atual* v. 31, 2014, p. 177-195.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. A tributação do ganho de capital nas operações de permuta. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 200, 2012, p. 73-77.
- HADDAD, Gustavo Lian; LIU, Joana Chia Yin. O imposto de renda nas operações de permuta. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANAN JÚNIOR, Pedro (org.). *Imposto de renda da pessoa física à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. São Paulo: MP, 2014, p. 121-132.
- HADDAD, Gustavo Lian. Realização da renda em reestruturações societárias. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAZJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário – princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 363-464.
- HMRC (His Majesty's Revenue and Customs). HMRC Internal Manual. Capital Gains Manual. CG10240 – Capital Gains Tax: basic concepts. Published on 12 March 2016. Updated on 12 March 2025. Disponível em: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/capital-gains-manual/cg10240>. Acesso em: 12 mar. 2025.
- HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. Países Baixos: IBFD, 2000.
- HOURANI, Diana; PERRET, Sarah. Taxing capital gains: Country experiences and challenges. *OECD Taxation Working Papers* No. 72. Paris: OECD, 2025.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos. *Curso de contabilidade para não contadores*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- KIMBER, Jacquelyn; WÜNSCHMANN-LYALL, Iris; ERWOOD, Cheris. *Capital Gains Tax 2021/2022*. Londres: Bloomsbury Professional, 2021.
- LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 3-31.
- LUZ, Victor Lyra Guimarães. O Ajuste a Valor Justo no imposto de renda: natureza jurídica e impactos fiscais. *Série Doutrina Tributária* v. LVI. São Paulo: IBDT, 2024.
- MACHADO, Brandão. Imposto de renda. Ganhos de capital. Promessa de venda de ações: Decreto-lei n. 1.510, de 1976. *Revista Direito Tributário Atual* v. 11/12, 1992, p. 3181-3220.
- MARTINS, Eliseu; SANTOS, Ariovaldo dos; CANADO, Vanessa Rahal. Aspectos tributários e contábeis do reconhecimento de receita nas operações de permuta. *Interesse Público* v. 19, n. 102, 2017, p. 87-104.

- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Notas sobre a tributação de ganhos de capital*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1972.
- MILEO FILHO, Francisco Sávio Fernandez. A coexistência da progressividade com a tributação em separado do ganho de capital das pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56, 2024, p. 216-238.
- MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. O (sempre) atual debate em torno da realização da renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 59, 2025, p. 56-75.
- MUNIZ, Ian. *Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- NEDER, Marcos Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Permuta de bens e direitos: renda não realizada. ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 288-307.
- NETO, Luís Flávio. Criptomoedas e hipóteses de (não) realização da renda para fins tributários: o encontro de “inovações disruptivas” da economia digital com a “tradição” dos institutos jurídicos brasileiros. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 444-461.
- NETO, Luís Flávio. Entre o amor e a indiferença: vamos discutir a relação? O relacionamento do direito tributário com o direito privado e o caso da permuta de ações sem torna. *Revista Direito Tributário Atual* v. 38, 2017, p. 92-116.
- NISHIOKA, Alexandre Naoki; MELO, Suzana Soares. Reflexões sobre o imposto de renda nas operações de permuta. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27, 2012, p. 269-283.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito tributário comparado*. São Paulo: Saraiva, 1971.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Imposto de renda não incide sobre indenização de desapropriação. *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 3, 1987, p. 36-37.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de ações no direito tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I.
- PAIVA, Marcos Vinicius. As diferentes dimensões normativas da realização da renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56, 2024, p. 453-473.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Adcoas/Justec, 1979. v. I.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Adcoas/Justec, 1979. v. II.

- PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARIA, Renato Vilela. Permuta de participações societárias e ganho por compra vantajosa *versus* princípio da realização da renda – desdobramentos tributários e registros contábeis. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: homenagem aos 50 anos do IBDT*. São Paulo: IBDT, 2024, p. 705-730.
- PGFN. Parecer PGGN/CAT n. 1.722, de 9 de setembro de 2013.
- PGFN. Parecer PGFN/PGA n. 454, de 7 de maio de 1992.
- PGFN. Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23 de setembro de 1991.
- PISCITELLI, Tathiane. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. *Revista Direito Tributário Atual* v. 40, 2021, p. 537-554.
- POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da realização da renda – reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. VII. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2012.
- POLIZELLI, Victor. Renda, realização, regimes de caixa e de competência. In: DONIAK JR., Jimir (coord.). *Novo RIR: aspectos relevantes do regulamento do imposto de renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 103-145.
- REINO UNIDO. England and Wales Court of Appeal (Civil Division). Commissioner of Inland Revenue vs. John Lewis Properties plc. Lord Justice Dyson, decided on December 20, 2002.
- RFB. Parecer Normativo CST n. 114, de 29 de dezembro de 1978.
- RFB. Parecer Normativo CST n. 232, de 10 de março de 1971.
- RFB. Parecer Normativo CST n. 504, de 3 de agosto de 1971.
- RFB. Parecer Normativo CST n. 58, de 2 de setembro de 1977.
- RFB. Parecer Normativo RFB/Cosit n. 9, de 4 de setembro de 2014.
- RFB. Solução de Consulta Cosit n. 111, de 22 de abril de 2014.
- RFB. Solução de Consulta Cosit n. 117, de 4 de agosto de 2021.
- RFB. Solução de Consulta Disit/SRRF09 n. 126, de 28 de março de 2006.
- RFB. Solução de Consulta SRRF-10/Disit n. 157, de 26 de outubro de 2012.
- RFB. Solução de Consulta SRRF-8/Disit n. 132, de 2 de junho de 2006.
- SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da universalidade na tributação da renda: análise acerca da possibilidade de atribuição de tratamento jurídico-tributário distinto a determinados tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28, 2012, p. 264-294.
- SCHIZER, David M. Realization as subsidy. *New York University Law Review* v. 73, n. 5, 1998, p. 1549-1626.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; FAJERSZ-TAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 19-32.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A Tributação do Ganho de Capital: "o que entra ou o que sai"? O Caso da Permuta.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-26.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 200, 2012, p. 44-72.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A dedutibilidade da participação nos lucros ou resultados: natureza e a interpretação *a contrario sensu*. *Revista Direito Tributário Atual* v. 57, 2024, p. 310-350.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. O acesso aos benefícios dos acordos para evitar a dupla tributação e a exigência do “atestado de residência”. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 13, ano 6, 2024, p. 122-148.
- SILVA, Fabiana Carmona Alves Fernandes da. Regimes tributário e contábil da permuta e a realização da renda. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no Imposto sobre a renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 308-328.
- SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, Chicago, 1955.
- SOUZA, Rubens Gomes de. A Evolução do Conceito de Rendimento Tributável. *Revista de Direito Público*, vol. 14, 1970, pp. 339-346.
- SOUZA JR., Antonio Carlos F. de. A permuta de participação societária e o momento de aquisição da renda. In: OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo (org.). *Direito tributário: comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional: estudos em homenagem a Souto Maior Borges*. Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 63-95.
- STF. Ag. Reg. No RE n. 1.387.761/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 22.02.2023.
- STF. RE n. 72.014/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 14.02.1975.
- STF. Repercussão geral no RE n. 1.522.312/SC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2025.
- STF. Representação n. 1.260-3/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.08.1987.
- STF. Segundo Ag. Reg. No RE n. 1.425.609/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.05.2014.

- STJ. REsp n. 1.733.560/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.05.2018.
- SWART, Gerard. Interpreting some core concepts governing the taxation of capital gains. *South African Mercantile Law Journal* v. 17, no. 1, 2005, p. 1-18.
- TEODOROVICZ, Jeferson. Aspectos teóricos da tributação da renda e dos ganhos de capital: entre as teorias da fonte e as teorias do acréscimo patrimonial. In: GOMES, Eduardo Biacchi; POZO, Milenka Villca. *Relações econômico-privadas e democracia no ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 174-215.
- TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Direito tributário: estudos de problemas tributários*. 3. coletânea. São Paulo: J. Bushatsky, 1971, p. 189-379.
- TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital nas vendas de participações sociedades pelas pessoas físicas*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978.
- TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital: das pessoas jurídicas: comentários ao Decreto-lei n. 1.598/77*. São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, 1978.
- TILBERY, Henry. *O novo imposto de renda do Brasil: comentários à lei 7.713/88*. São Paulo: IOB, 1989.
- TOMAZELA, Ramon. A tributação das operações com criptomoedas pelo imposto de renda nas leis internas e nos acordos de bitributação. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 20, n. 118, 2022, p. 29-48.
- TRF da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário n. 5052793-42.2011.404.7000, Rel. Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, j. 22.09.2015.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie. *O regime tributário brasileiro do imposto sobre a renda de não-residentes: a fonte como critério de conexão*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.
- ZILVETI, Fernando Aurelio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI. *Revista Direito Tributário Atual* v. 44, 2020, p. 473-492.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. O princípio da realização da renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1, p. 297-328.

Responsabilidade Tributária: o Mundo Mudou

Tax Liability: the World has changed

Marco Aurélio Greco
Advogado. Doutor em Direito.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.16.2025.2873>

Resumo

A EC n. 132/2023 trouxe relevantes alterações ao modelo definidor dos responsáveis tributários para fins de IBS/CBS. Acrescentou, ao lado das hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN um tipo de responsabilidade tributária semelhante ao adotado no âmbito do Direito Penal quando se refere à autoria e à participação. Com isto, amplia sobremaneira o conjunto de pessoas que podem ser responsabilizados solidariamente com o contribuinte pela totalidade do crédito tributário e seus respectivos acréscimos. O presente trabalho procura traçar o perfil desse novo tipo de responsabilidade e apontar alguns de seus desdobramentos práticos.

Palavras-chave: responsabilidade tributária, concorrer para, ocultação, conduta omissiva, graduação da responsabilidade tributária.

Abstract

Constitutional Amendment 132/2023 introduced significant changes to the framework defining tax liability for purposes of IBS/CBS. In addition to the provisions of Articles 134 and 135 of the National Tax Code (CTN), it incorporated a new type of tax responsibility similar to that used in Criminal Law, particularly in the context of authorship and participation. As a result, it greatly expands the range of individuals who may be jointly liable with the taxpayer for the full amount of the tax debt and its corresponding additions. This paper aims to outline the profile of this new type of liability and highlight some of its practical implications.

Keywords: tax liability, to concur to, concealment, omissive conduct, gradation of tax liability.

1. Colocação do problema

A viabilização concreta da arrecadação atinente aos tributos passa, necessariamente, pela definição legal das pessoas que poderão ser atingidas pelos mecanismos institucionais de sua cobrança, seja no plano administrativo, seja no judicial.

Daí a relevância que apresenta o tema da responsabilidade tributária, pois neste âmbito é que serão identificados, no plano concreto, aqueles que suportarão os ônus de uma autuação, de uma execução e, eventualmente, do respectivo atingimento patrimonial¹.

¹ Sobre os vetores que influenciam a experiência tributária e que repercutem no tema da respon-

Até o ano de 2023, o ordenamento positivo brasileiro estruturava a responsabilidade tributária, especificamente no caso dos impostos, a partir de uma visão focada no fato gerador da obrigação tributária como evento denotador de capacidade contributiva. A partir daí, contribuinte seria, em princípio, aquele que manifestasse tal capacidade. Isto decorria da regra do § 1º do art. 145 da CF/1988, que reintroduziu no plano constitucional o denominado princípio da capacidade contributiva². Esta reintrodução se deu sob a formulação espinhosa do “sempre que possível” que enseja inúmeros debates³.

Desta ótica, nenhum imposto – bem como nenhuma contribuição cujo fato gerador se aproxime dos impostos como, por exemplo, as contribuições sociais sobre o lucro e sobre receita ou faturamento – poderia extrapolar esta baliza no que dissesse respeito à figura do contribuinte, pois este é que realiza tipicamente a conduta que manifesta capacidade contributiva.

Ao lado do fato gerador da obrigação tributária, devemos ter em mente que convive o fato gerador da infração tributária, o que abre espaço para questionar qual o elemento de conexão que vincula as pessoas que deverão responder por ela.

A CF/1988 dispunha caber à lei complementar editar normas gerais em matéria de legislação tributária, mas não indicava o critério a ser adotado para determinar quem seria responsável pela obrigação ou pela infração tributária.

Tratando-se do contribuinte, por ser ele que manifesta a capacidade contributiva, o vínculo em relação ao fato gerador da obrigação já é deduzido do § 1º do art. 145, e disso decorre sua responsabilidade pelo crédito tributário, bem como pelas respectivas infrações.

Ocorre que há outras pessoas cuja conduta gravita em torno do fato gerador da obrigação ou da infração, bem como da pessoa do contribuinte, cuja ação ou omissão pode interferir no adequado surgimento da obrigação ou na materialização de uma infração à legislação tributária e que, por esta razão, podem, em tese, vir a ser qualificados como responsáveis tributários ao lado ou em substituição ao contribuinte. Porém, em relação a estas pessoas nada é previsto na Constituição que indique especificamente o critério ou o elemento de conexão a ser utilizado para tanto.

sabilidade tributária, veja-se o meu *Responsabilidade de terceiros e crédito tributário*. Três temas atuais, *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 28, 2007, p. 235.

² “Art. 145, § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

³ Sobre o princípio da capacidade contributiva, veja-se o meu Princípio da capacidade contributiva, *Dicionário de princípios jurídicos*, coord. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takeki Kataoka e Flávio Galdino, superv. Silvia Faber Torres. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2011, p. 155.

Em contemplação a este conjunto de pessoas, o Código Tributário Nacional, em seus arts. 134 e 135 enumera os terceiros que podem ser definidos como responsáveis tributários⁴.

Na medida em que o foco do CTN é a obrigação tributária, a partir da qual estão conectados vários outros temas, como o fato gerador, o sujeito ativo, a sucessão etc. o Código, salvo seu art. 137, pouco ou nada diz sobre as infrações e sobre quem por elas deve responder.

Note-se que as hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN têm em comum dizerem respeito a pessoas que estão investidas de algum tipo de poder jurídico (pais, tutores etc.) o que, por si só, deflagra uma responsabilidade inerente ao exercício desse poder; ou estão investidos de alguma função (síndicos, tabeliães etc.) cujo respectivo desempenho pode interferir com a ocorrência do fato gerador.

Não é o momento para um detalhamento das várias questões que estes dispositivos do CTN ensejam, mesmo porque a doutrina brasileira é rica neste tema. Importante é mencionar, porém, que, em todos estes casos, há uma qualificação expressa de quem pode estar investido de responsabilidade tributária.

Uma questão, porém, merece destaque.

Trata-se de saber se a enumeração dos responsáveis tributários nos arts. 134 e 135 do CTN é uma enumeração exaustiva, no sentido de apenas os expressamente contemplados poderem ser responsáveis; ou se – tratando-se de regras editadas com fundamento na cláusula constitucional de “normas gerais” (art. 146, III, da CF/1988) – teria aplicação a previsão do art. 24 da CF/1988 que, em seu inciso I, prevê a competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal para legislarem sobre direito tributário, de modo que haveria espaço para uma lei estadual criar novas hipóteses de responsabilidade tributária, desde que não contrariasse o previsto na norma geral (CF/1988, art. 24, §§ 2º, 3º e 4º)⁵.

⁴ “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.”

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.” (Destaquei)

⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]”

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a

Além disso, admitir uma competência estadual para definir responsáveis permitiria distinguir entre hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN e que diriam respeito a condutas atinentes ao fato gerador da obrigação tributária e hipóteses de responsabilidade por infrações tributárias que, salvo a hipótese do seu art. 137, não estariam contempladas no CTN e, portanto, seguiriam modelo semelhante ao do direito penal no que diz respeito à autoria direta ou à participação na materialização da infração.

2. A tentativa do Estado do Mato Grosso

Em 2009, o Estado do Mato Grosso editou a Lei n. 9.226/2009, que alterou sua Lei n. 7.098/1998, que dispõe sobre o ICMS para o fim de incluir novas hipóteses de responsabilidade tributária por infrações.

Sublinhe-se que este preceito não dizia respeito à responsabilidade tributária pelo crédito tributário originado do fato gerador. Aplicava-se, exclusivamente, à hipótese de infrações o que, em tese, poderia ter fundamento na referida competência concorrente de que investido o Estado.

O referido preceito estava assim redigido:

“Art. 18-C. [...] Parágrafo único. Respondem, também, solidariamente com o sujeito passivo pelas infrações praticadas, em relação às disposições desta lei e demais obrigações contidas na legislação tributária, no que se refere à prestação de informações com omissão ou falsidade, o administrador, o advogado, o economista, o correspondente fiscal, o preposto, bem como toda pessoa que concorra ou intervenga, ativa ou passivamente, no cumprimento da referida obrigação.” (Destaquei)

Note-se que o preceito, depois de prever a responsabilidade solidária com o sujeito passivo pelas infrações praticadas, enumerava um conjunto de profissionais que estariam abrangidos por ele. Além disso, determinava a extensão da responsabilidade também para qualquer pessoa que concorresse ou interviesse, ativa ou passivamente, no cumprimento da obrigação tributária.

Chama a atenção nesta regra, não só a amplitude subjetiva contemplada, mas, igualmente, o fato de ter sido utilizada para tal extensão a referência ao verbo “concorrer”, o que significava alcançar todos os que tivessem uma conduta que levasse ou não impedissem ou dificultasse a prática da infração (daí a referência a concorrer ativa ou passivamente).

Dentre as pessoas alcançadas pelo dispositivo e que poderiam vir a ser consideradas solidariamente responsáveis pelas infrações (e, portanto, pelas respectivas sanções, inclusive pecuniárias) encontrava-se literalmente nominado o advogado.

competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Em 2012, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4.845) que, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, veio a ser julgada procedente, por votação unânime, em fevereiro de 2020. A decisão apoiou-se em dois fundamentos, a saber:

“3. A norma estadual avançou em dois pontos de forma indevida, transbordando de sua competência: (i) *ampliou o rol das pessoas* que podem ser pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário; (ii) *dispôs diversamente do CTN sobre as circunstâncias autorizadoras da responsabilidade* pessoal do terceiro.” (Destaquei)

Além de decidir especificamente sobre a referida lei do Estado do Mato Grosso, o Plenário do Supremo Tribunal aprovou uma tese assim redigida:

“É inconstitucional lei estadual que disciplina a responsabilidade de terceiros por infrações de forma diversa da matriz geral estabelecida pelo Código Tributário Nacional.”

Esta decisão deixou absolutamente claro que a disciplina da responsabilidade tributária, seja pelo crédito oriundo do fato gerador, seja pelas infrações restringe-se às pessoas e às hipóteses previstas no CTN, não havendo espaço para leis estaduais (e nem também, direi eu, para as federais e municipais) disporem diversamente, ampliando seja o rol das pessoas, seja as circunstâncias autorizadoras da responsabilidade⁶.

Com isto resultou pacificado que toda disciplina da responsabilidade tributária estava restrita ao previsto no CTN.

Não se esqueça, porém, que à época a Constituição Federal não previa nenhum critério a ser adotado para definir a amplitude da responsabilidade tributária, deixando ao legislador complementar essa definição. E este, no CTN, adotou como critério a existência de um poder ou uma função cujo exercício inadequado poderia afetar a ocorrência ou a dimensão do fato gerador e, por consequência, o cumprimento da legislação tributária.

3. Alteração constitucional superveniente

O quadro normativo se alterou profundamente com a edição da Emenda Constitucional n. 132/2023 que, ao dispor sobre as novas incidências sobre o con-

⁶ No mesmo sentido da inconstitucionalidade por incompatibilidade da lei ordinária com o CTN, veja-se o RExt. n. 562.276 do STF, Plenário, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.02.2011, que julgou inconstitucional o art. 13 da Lei federal n. 8.620/1993 e onde se aprovou a tese: “É inconstitucional o art. 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social.”

sumo (IBS – Imposto sobre Bens e Serviços e CBS – Contribuição sobre Bens e Serviços), introduziu o art. 156-A à CF/1988 cujo § 3º assim dispõe:

“§ 3º Lei complementar poderá definir como *sujeito passivo* do imposto a pessoa que *concorrer para a realização, a execução ou o pagamento* da operação, ainda que residente ou domiciliada no exterior.” (Destaquei)

Este dispositivo é um verdadeiro divisor de águas no que se refere ao tema da responsabilidade tributária.

Na experiência tributária brasileira, já tivemos referências pontuais a determinados sujeitos, como por exemplo no art. 23, II, da CF/1969 ao mencionar a incidência do ICM em relação a “produtores, industriais e comerciantes”; na própria CF/1988 há previsão da incidência de contribuições em relação ao “empregador”, ao “trabalhador” ou ao “importador” (art. 195).

Porém, pela primeira vez, a Constituição Federal prevê um critério a ser utilizado pela lei complementar que disciplinar a sujeição passiva fazendo-o de modo a abranger qualquer tipo de conduta que tenha a aptidão de concorrer para a realização, execução ou pagamento da operação tributada sem qualquer limitação objetiva ou subjetiva, a não ser esta: “concorrer para”.

Este § 3º refere-se à sujeição passiva como um todo, mas no presente estudo examinarei apenas alguns aspectos atinentes à responsabilidade tributária. Muito mais há a dizer sobre ele!

Ou seja, até a EC n. 132/2023, a Constituição contemplava a competência da lei complementar para dispor sobre responsabilidade tributária, mas não especificava os critérios ou elementos de conexão a serem adotados na disciplina que viesse a ser editada.

Lembre-se que a capacidade contributiva tem relação com o fato gerador e com o contribuinte, mas o responsável – no modelo do CTN – tem vínculo com o fato gerador ou com o contribuinte, mas não é ele que manifesta capacidade contributiva captada pelo tributo.

Em tese, o CTN até poderia ter adotado critério distinto do que nele consta e, talvez, até mesmo o do referido § 3º do art. 156-A. Mas não o fez; preferiu consagrar o desenho dos arts. 134 e 135.

Portanto, hoje não estamos diante de uma situação de confronto entre uma lei estadual (como a do Mato Grosso) e o CTN, mas de uma relação entre o CTN e uma alteração constitucional superveniente que coloca mais uma hipótese de responsabilidade, ao lado das já reguladas.

Nem se diga que ainda assim prevaleceria a disciplina do CTN, pois ele tem a função de “norma geral” e, como tal, predeterminaria o conteúdo de outras regras sobre responsabilidade tributária, tornando inaplicável ou “inconstitucional” lei complementar (como a LC n. 214/2025) que viesse a veicular disciplina diversa da contida no CTN.

Este argumento não procede por, pelo menos, três razões.

Primeira, porque a Constituição é hierarquicamente *superior* ao Código e, portanto, pode dispor diversamente dele tornando-o até incompatível com a nova disciplina constitucional.

Segunda, porque a Emenda Constitucional é *posterior* ao Código e, portanto, não se pode pretender que o CTN iniba a produção de uma Emenda Constitucional que autorize a criação de novas hipóteses de sujeição passiva. Se o novo texto padece de algum vício ele deve ser aferido na sua produção ou no seu conteúdo e não porque uma lei complementar anterior (CTN) dispõe diversamente.

Terceira, porque o CTN é “norma geral” e o § 3º do art. 156-A da CF/1988 é uma norma *especial* voltada à disciplina da responsabilidade tributária no âmbito de IBS e CBS.

Em suma, pelos critérios da hierarquia, cronológico e da especialidade a conclusão é sempre na direção de que o § 3º do art. 156-A da CF/1988 admitiu a criação de uma nova hipótese de responsabilidade tributária ao lado daquelas já reguladas pelo CTN.

Por consequência, os dispositivos da LC n. 214/2025 sobre responsabilidade tributária devem ser confrontados com o § 3º do art. 156-A da CF/1988 e não com o CTN, posto que há uma justaposição de hipóteses de responsabilidade.

Claro está que as disposições do CTN que se refiram às características do instituto da solidariedade e ao seu funcionamento serão aplicáveis, salvo se alguma disposição da lei complementar editada com fundamento no art. 156-A da CF/1988 as contrariar.

4. Novo tipo de responsabilidade tributária

Vigente a previsão constitucional, o primeiro ponto a considerar é a lógica interna que dela emana, pois uma vez identificado o núcleo da sistemática introduzida será possível determinar seus desdobramentos.

Chama a atenção o fato de a Constituição ter adotado como critério a referência à pessoa (portanto, qualquer pessoa) que “concorrer para”.

Exatamente o mesmo verbo – portanto, o mesmo tipo de conduta – que fora previsto na lei de 2009 do Estado do Mato Grosso acima examinada.

Uma grande diferença, porém, existe. Enquanto a lei do Mato Grosso dizia respeito apenas a hipóteses que poderiam deflagrar a responsabilidade em relação às infrações à legislação tributária, o dispositivo constitucional contempla situações que podem deflagrar a responsabilidade plena, vale dizer inclusive quanto ao crédito oriundo da ocorrência do fato gerador.

Neste ponto, o preceito é claro ao se referir a quem concorrer para a realização, a execução ou o pagamento da *operação* que, no desenho constitucional, é o fato gerador de IBS/CBS.

Note-se que o preceito não está qualificando quem realizar, executar ou pagar a operação (condutas que poderiam ser vistas como típicas do contribuin-

te). Mas sim, quem concorrer para qualquer dessas condutas, ou seja, pode ser alguém que, embora não realize nenhuma delas, ajude para ou não impeça ou dificulte que qualquer delas se viabilize.

Este modelo de atribuição de responsabilidade tem um alcance muito maior do que o consagrado no CTN e uma tentativa neste sentido se deu – além da lei do Estado do Mato Grosso – também pelo PN n. 4/2018 da Cosit da Secretaria da Receita Federal. Nele é feita referência à responsabilidade solidária por interesse comum quando houver a prática de ilícito que leve a um resultado prejudicial ao Fisco. Nesta hipótese o PN n. 4/2018 faz menção à “participação comissiva ou omissiva na configuração do ato ilícito” e “vínculo com o ato”, expressões amplas que alcançam pessoas que tenham contribuído (ou “concorrido”) para a prática do ilícito⁷.

Trata-se de um modelo cuja lógica interna não se confunde com a lógica que informa o CTN.

Na experiência jurídica, o termo “concorrer” é utilizado, principalmente, em três sentidos diversos, conforme a situação se apresente:

- a) Quando *pessoas independentes* competem para obter algo exclusivo; p.ex., “concorrer para obter um contrato objeto de licitação”;
- b) Quando há uma *despesa única* que precisa ser rateada entre um conjunto de pessoas; p.ex., “concorrer para as despesas condominiais”;
- c) Quando *várias pessoas se reúnem* para agir na busca de um resultado; p.ex. “todos concorreram para o êxito da empreitada”.

Independentemente destes usos do termo “concorrer” subsiste a pergunta: haveria um âmbito jurídico específico no qual este termo integra um modelo em que há a reunião de um conjunto de pessoas que buscam um resultado e em que o fato de “concorrer para” deflagra uma consequência onerosa para os agentes? Âmbito em que seria encontrada a mesma lógica adotada neste novo modelo de responsabilidade tributária previsto no art. 156-A da CF/1988? Uma responsabilidade que advém da conduta de integrar um conjunto de pessoas cujas diversas condutas contribuem para a realização de determinado evento?

A resposta é afirmativa!

5. O modelo adotado no Código Penal

A responsabilização de um conjunto de pessoas que se reúnem para realizar determinado evento que afeta a esfera jurídica pública e que enseja o sancionamento de todos é exatamente o modelo previsto no art. 29 do Código Penal:

“Art. 29. Quem, *de qualquer modo, concorre para* o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (Destaquei)

⁷ “Deve-se comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.”

Ou seja, o modelo de responsabilização adotado pelo Código Penal há décadas é o mesmo modelo assumido pela Constituição para fins de responsabilidade tributária⁸.

Destarte, lendo de forma conjugada o dispositivo constitucional e este artigo do Código Penal, temos que: “quem de qualquer modo concorre para a realização, execução ou pagamento da operação tributada responde pelo tributo e seus consectários legais.”

Trata-se do denominado “concurso de pessoas” que abrange as hipóteses de autoria, coautoria e participação no evento legalmente tipificado.

Sublinhe-se que não estou a afirmar que a norma em questão é uma “norma penal”, nem que haverá a ocorrência de um crime, mas que estamos perante a adoção de um modelo de imputação de responsabilidade tributária tal qual o penal.

Adotar um modelo de responsabilidade tributária semelhante ao do Código Penal vai ensejar uma série de indagações, tais como as que serão mencionadas mais abaixo e implicará uma revisão e uma preparação teórica ampla de todos que se virem chamados a examinar o tema.

Não é mais o caso de repetir o que se construiu em termos do CTN; nem é pertinente alegar que este modelo conflita com o CTN, pois se trata de um modelo assumido pela própria Constituição e, em tese, é até um modelo que o CTN poderia assumir, posto que o art. 146, III, da CF/1988 não determina qual o desenho a ser consagrado para definir a responsabilidade tributária.

O paradoxal é ver que não raramente circula a ideia de que o Direito Tributário seria semelhante ao Direito Penal.

Isto porque tal como não há crime sem lei que o preveja, assim também não há tributo sem lei; assim como a lei penal não pode ser retroativa a lei tributária também deve atender à irretroatividade; assim como a analogia é vedada para fins de definir crime, também a analogia é vedada para cobrar tributo não previsto em lei.

O paradoxo está em que a aproximação feita entre o tributário e o penal se dá com o objetivo de proteger o contribuinte contra investidas do Fisco. E exatamente agora, quando se trata de disciplinar a responsabilização, a Constituição Federal assume tal assemelhação e contempla um modelo de responsabilidade tributária nos moldes do Direito Penal a qual é muito mais abrangente e independe do poder ou da função de que a pessoa esteja investida! Basta ter participi-

⁸ Para um exame da atualidade do debate sobre imputação objetiva e autoria, inclusive em condutas omissivas, cujos avanços muito auxiliam no desenho do atual modelo de responsabilidade tributária aqui examinado, vejam-se Claus Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e Luís Greco *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, trad. Ronan Rocha, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

pação no iter que levou à realização, à execução ou ao pagamento da operação tributada.

A Constituição contempla uma autorização para a criação dessa hipótese de responsabilidade, mas sua existência concreta depende de lei complementar para tanto.

6. Lei Complementar n. 214/2025

Posteriormente à promulgação da EC n. 132/2023 sobreveio a Lei Complementar n. 214/2025, que tem um dispositivo específico sobre o tema (art. 24, V) e que merece atenção:

“Art. 24. Sem prejuízo das *demais hipóteses* previstas na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e na legislação civil, são *solidariamente responsáveis pelo pagamento do IBS e da CBS*:

V – *qualquer pessoa física, pessoa jurídica ou entidade sem personalidade jurídica que concorra por seus atos e omissões para o descumprimento de obrigações tributárias, por meio de:*

- a) *ocultação* da ocorrência ou do valor da operação; ou
- b) *abuso* da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial;

§ 2º A responsabilidade a que se refere a alínea ‘a’ do inciso V do *caput* deste artigo *restringe-se ao valor ocultado* da operação.

§ 3º Não enseja responsabilidade solidária a *mera existência de grupo econômico* quando inexistente qualquer ação ou omissão que se enquadre no disposto no inciso V do *caput* deste artigo.” (Destaquei)

Este dispositivo enseja uma série de considerações relevantes que serão a seguir sinteticamente expostas.

6.1. Justaposição às hipóteses do CTN: a primeira observação a fazer é que o dispositivo expressamente afirma que as hipóteses previstas nos incisos não afetam as demais contidas no CTN, nem na legislação civil. Ou seja, são novas hipóteses de responsabilidade tributária acrescidas às já existentes, seja quanto ao aspecto objetivo (casos de cabimento), seja quanto ao aspecto subjetivo (pessoas alcançadas).

Por serem hipóteses acrescidas às do CTN, não é pertinente proceder ao transplante de definições, restrições ou conclusões que se aplicam especificamente aos casos dos arts. 134 e 135 do CTN.

Porém, os efeitos da solidariedade previstos no art. 125 do CTN têm plena aplicação, na medida em que não há previsão em contrário na LC n. 214/2025 e o art. 125 dispõe sobre o funcionamento da solidariedade como instituto jurídico e não trata de hipóteses específicas como os arts. 134 e 135.

Interessante que o dispositivo menciona também as hipóteses da legislação civil como se esta contivesse, por si só, regras definidoras da responsabilidade

tributária. A rigor, a lei civil provoca efeitos na responsabilidade tributária na medida em que a lei tributária encampa sua previsão; mas, de qualquer modo, é a lei tributária que define a responsabilidade e não a lei civil.

Assim, por exemplo, não é a copropriedade civil que automaticamente determina a solidariedade tributária; é o art. 124, I, do CTN que estabelece ser o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação a razão determinante da solidariedade. E este interesse comum, por sua vez, é encontrado na legislação civil.

6.2. Responsabilidade ampla: diferentemente da previsão que constava da lei do Estado do Mato Grosso, a responsabilidade aqui determinada não se restringe às infrações e respectivas consequências (p.ex. multas).

Trata-se de responsabilidade ampla, abrangente da obrigação principal, sanções e acréscimos como resulta claramente do art. 25 da LC n. 214/2025:

“Art. 25. As responsabilidades de que trata esta Lei Complementar *compreendem a obrigação pelo pagamento* do IBS e da CBS, *acrescidos de correção e atualização monetária, multa de mora, multas punitivas e demais encargos.*” (Destaquei)

A única limitação à dimensão da responsabilidade resulta do § 2º do art. 24 ao estabelecer que, na hipótese de ocultação, a responsabilidade solidária se resstringe ao valor ocultado da operação.

Ou seja, o solidário responderá na proporção que existir entre o valor manifestado e o ocultado e, em princípio, não responderá pela totalidade da cobrança. Porém, se a própria operação tributada tiver sido ocultada, o solidário, ao responder pelo que foi ocultado, estará respondendo pela totalidade da obrigação e seus consectários.

6.3. Não há benefício de ordem: esta hipótese de solidariedade não comporta benefício de ordem, porque a LC n. 214/2025 nada dispõe a respeito.

Além disso, as hipóteses da LC n. 214/2025 podem ser entendidas como alcançadas pelo inciso II do art. 124 do CTN na medida em que este preceito diz respeito ao funcionamento do instituto e não a casos específicos. Por consequência, também tem aplicação o parágrafo único do art. 124 que afasta o benefício de ordem.

6.4. Grupo econômico não é causa de solidariedade: a simples existência de um grupo econômico (de fato ou de direito) não é razão suficiente para configurar a responsabilidade solidária. Esta é uma previsão relevante na medida em que afasta alegações de que o mero fato de haver o grupo já implicaria o surgimento de um “interesse comum” que determinaria a solidariedade nos termos do art. 124, I, do CTN.

Porém, o dispositivo ressalva que a não configuração da responsabilidade solidária só ocorrerá se inexistir qualquer ação ou omissão enquadrável no inciso V do art. 24.

Vale dizer, se qualquer integrante do grupo econômico tiver uma ação ou omissão enquadrada no inciso V do art. 24 haverá responsabilidade solidária desse integrante apenas, que não abrangerá todos os integrantes do grupo econômico. A responsabilidade solidária é limitada a quem agiu ou se omitiu, pois o próprio inciso V prevê ser ela aplicável à pessoa física, jurídica ou entidade sem personalidade jurídica que concorrer para a realização, a execução ou o pagamento da operação. Só esta pessoa ou entidade será solidária, não qualquer outra do grupo, na medida em que esta outra não tiver concorrido para tanto.

6.5. Entidade sem personalidade jurídica: merece crítica a menção contida no referido inciso V do art. 24 da LC n. 214/2025 no sentido de aplicar-se também à entidade sem personalidade jurídica. Note-se que a regra, tal como posta, não está a contemplar a entidade sem personalidade que seja legalmente equiparada à pessoa jurídica, mas à pura entidade sem personalidade. Por exemplo, o condomínio edilício não tem personalidade jurídica e não é a esta equiparado.

Ora, o § 3º do art. 156-A da CF/1988 é explícito ao admitir que a disciplina da sujeição passiva alcance a “pessoa que concorrer”, portanto, contempla apenas as pessoas físicas ou jurídicas. Entidade sem personalidade (como, por exemplo, o condomínio edilício), embora possa ser sujeito de direitos e deveres, não atende ao requisito constitucional de ser “pessoa” e, portanto, esta parte do inciso V do art. 24 da LC n. 214/2025 extrapola a competência tributária. Trata-se de uma extensão subjetiva inconstitucional.

6.6. Núcleo do tipo: o núcleo da hipótese de incidência legal que deflagra a responsabilidade solidária está formulado como “concorrer, por atos ou omissões, para o descumprimento de obrigações tributárias mediante a ocultação da ocorrência ou do valor da operação”⁹.

De imediato, esta formulação levanta uma dúvida quanto à sua compatibilidade constitucional, pois o “concorrer para” da CF/1988 se refere à realização, à execução e ao pagamento da operação enquanto a LC n. 214/2025 contempla o “concorrer para” o descumprimento de obrigações tributárias.

A dúvida é superável na medida em que se recorde que a competência tributária prevista na Constituição Federal indica um âmbito material dentro do qual o legislador irá escolher os eventos concretos que ensejarão o surgimento da obrigação e dos deveres tributários.

⁹ A lei complementar prevê também a hipótese de abuso de personalidade jurídica, mas esta não será examinada nesta oportunidade.

Além disso, o § 3º do art. 156-A da CF/1988 veicula competência ampla para dispor sobre todos os sujeitos passivos, o que engloba um universo de pessoas que poderão se encontrar na situação de contribuintes ou de responsáveis, sendo estes solidários ou substitutos do contribuinte. Portanto, o núcleo delimitado pela competência diz respeito aos contextos em que as condutas dos sujeitos passivos deverão ocorrer, entendidos como o iter formativo e de materialização de qualquer daquelas três realidades (realização, execução ou pagamento).

Essa amplitude abre espaço para alcançar um grande número de pessoas, inclusive e apenas para exemplificar, as plataformas de internet nas quais ocorra o pagamento da aquisição de bens, evento que, aliás, pode se dar depois da ocorrência do fato gerador.

Diante deste amplo campo, a LC n. 214/2025, ao prever a categoria pontual do responsável solidário, qualificou a finalidade da conduta, qual seja o descumprimento de obrigações tributárias.

Ao assim dispor, não extrapolou a competência constitucional, apenas acrescentou um outro requisito para que a sujeição passiva se configure, ou seja, além de a conduta dever ocorrer num dos três âmbitos indicados na Constituição (realização, execução ou pagamento da operação) é indispensável que ela tenha por finalidade o descumprimento de obrigações tributárias e que se utilize para tanto da ocultação da operação ou do seu valor (meio hábil para tanto).

Vale dizer, no regime da lei instituidora de IBS/CBS há requisitos cumulativos a serem atendidos: os de contexto em que ocorre a conduta, previstos na CF/1988, e os de finalidade e meio, previstos na LC n. 214/2025.

Isto significa que se a conduta da pessoa física, da pessoa jurídica ou da entidade sem personalidade jurídica não ocorrer num dos contextos constitucionais, estará desatendido um dos requisitos para a incidência da responsabilidade.

Da mesma forma, qualquer outra hipótese que não se vincule ao descumprimento de obrigação tributária ou que não implique ocultação da operação ou do seu valor estará fora do âmbito de aplicação do preceito.

Vale dizer, o simples fato de haver participação na realização, na execução ou no pagamento da operação não é suficiente para ensejar responsabilidade solidária; mister que a conduta em questão esteja também atrelada ao descumprimento de obrigações tributárias e envolva ocultação.

Isto coloca uma delicada relação de causalidade a ser aferida entre a conduta concreta e o efeito do descumprimento, pois em tese pode haver participação na realização, na execução ou no pagamento, mas esta ação ou omissão não estar vinculada ao descumprimento da obrigação.

Além disso há delicados problemas práticos. Imagine-se uma pessoa jurídica que declara corretamente todas as operações tributadas; calcula com exatidão o

que deve, informa tudo de acordo com as instruções emanadas das autoridades tributárias, mas, no momento em que deve realizar o pagamento da dívida regularmente constituída, um assessor lhe diz “não pague, deixe vir a autuação que discutiremos administrativa e judicialmente”.

Na literalidade do dispositivo este assessor (a depender da vinculação, ou não, de seu pronunciamento em relação ao ato a ser praticado pelo contribuinte) pode ter ocorrido para o descumprimento da obrigação tributária (configuração da mora), mas obviamente não é este o sentido da regra, tanto assim que as alíneas restringem o meio utilizado para atingir o descumprimento da obrigação. Não é qualquer conduta, é apenas aquela conduta consistente em ocultar.

E, também, não basta ocultar, é preciso que a ocultação seja um meio adotado para que ocorra o descumprimento da obrigação tributária.

A questão então que se põe consiste em saber se este vínculo entre conduta de ocultar e descumprimento deve ser direto ou pode ser indireto. E se o vínculo é puramente objetivo ou se há necessidade de um elemento subjetivo para que a hipótese se materialize.

Penso que estas duas questões se resolvem com uma única resposta. Se houver ocultação com a finalidade de descumprir obrigações tributárias e o descumprimento ocorrer porque houve essa ocultação, então é irrelevante se ela ocorreu direta ou indiretamente.

Ou seja, é preciso reunir o conhecimento quanto ao resultado e a vontade de buscá-lo mediante a ocultação. Assim, ocultar tendo por finalidade o descumprimento e este descumprimento ocorrer por ter havido a ocultação implica configuração da hipótese de responsabilidade solidária.

6.7. Ocultação: a ação de ocultar é reiteradamente mencionada na legislação que trata de sanções. Basta lembrar que o Código Penal refere-se a ela em cerca de 30 vezes, em grande parte como elemento integrante dos tipos penais.

Ocultação é ação cuja configuração supõe ocorrência de três aspectos essenciais, sem os quais não se materializa:

- Núcleo específico da conduta de ocultar;
- O elemento subjetivo da conduta; e
- As características do objeto ocultado.

Ocultar é a ação de não permitir que alguém que tem direito a conhecer determinado fato ou a acessar determinado objeto ou pessoa, venha a conhecê-lo ou acessá-lo integralmente¹⁰.

¹⁰ São raras as hipóteses de ocultação de pessoa que sejam tributariamente relevantes; por isso, não serão aqui aprofundadas.

Numa referência singela, ocultar é esconder, não deixar ver algo a alguém. Pode se referir a um objeto físico¹¹, um recurso financeiro¹² ou uma informação¹³.

Esta ação pode consistir em não permitir o acesso ao fato, à pessoa ou à informação pertinente ou permitir o acesso, mas a uma informação incompleta ou distorcida. Daí a LC n. 214/2025 se referir a ocultar a operação ou seu valor.

Disto decorrem algumas consequências aqui sinteticamente enunciadas.

I) Ocultar não se confunde com o simples não informar ou com divergências quanto ao informado.

Ocultar supõe ação voltada a impedir o conhecimento da informação por pessoa que tenha o direito de obtê-la. Se a pessoa não tem o direito de obter a informação, a recusa em dar-lhe acesso não é ocultação. Ou seja, ocultar corresponde à vontade de não permitir o acesso à informação por alguém legitimado para acessá-la.

Realmente, deixar de informar por desconhecimento da necessidade de fazê-lo, ou informar de certa forma por entender que a informação prestada é a correta, não configuram ocultação.

A melhor prova da inexistência de ocultação corresponde à conduta da pessoa que, incontinenti, presta a referida informação quando solicitada pelo legitimado.

De fato, entregar a informação solicitada é a conduta exatamente oposta à ocultação, que se define como esconder, não fornecer etc.

Portanto, o núcleo específico da conduta que configura ocultação consiste no impedir o acesso à informação ou ao fato, com ela não se confundindo a divergência quanto à informação a prestar ou a seu conteúdo.

A conduta de fornecer a informação desejada pelo legitimado afasta qualquer tipo de alegação de ocultação, pois se a pessoa forneceu o pertinente acesso ao fato ou à informação quando lhe foi solicitado é porque não os ocultou, simplesmente nada havia sido pedido até então ou havia outro entendimento a respeito da necessidade de prestar a informação ou dar acesso ao fato.

II) Se o fato ou a informação forem do conhecimento do Fisco por ter-lhe sido fornecido o acesso ou este acesso for possível em razão de estar em suas bases de dados ou de outros Fiscos (nacionais ou estrangeiros) com os quais mantém algum tipo de troca de informações ou mesmo se estiver disponível em locais de acesso público (inclusive internet), não haverá ocultação. Cabe ao Fisco utilizar os

¹¹ Por exemplo, ocultação do produto do crime.

¹² No caso de lavagem de capitais.

¹³ Como ocorre em delito relativo à constituição de sociedades anônimas. Art. 177, *caput* do Código Penal: “Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo.”

meios e os dados de que dispõe, bem como os que estão ao alcance de qualquer pessoa.

III) É preciso lembrar que elementos essenciais desse tipo de responsabilidade solidária são o conhecimento e a vontade de descumprir obrigação tributária para cujo atingimento a ocultação surge como meio hábil para tanto. Assim, se o impedir o acesso ou o conhecimento integral do fato ou da informação tiver ocorrido por outro motivo que não buscar o descumprimento da obrigação tributária, também não haverá aquela ocultação a que se refere o inciso V do art. 24 da LC n. 214/2025.

IV) Não há ocultação culposa. Ocultação corresponde a conduta necessariamente dolosa em que a vontade é intencionalmente direcionada a impedir o conhecimento da informação pelo legitimado. A essencialidade deste elemento subjetivo para configurar uma responsabilidade solidária é reconhecida pelo próprio PN n. 4/2018 acima referido, quando exige que:

“Deve-se comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.” (Destaquei)

Não basta o nexo entre ação e resultado; é essencial a consciência (vontade) quanto ao resultado da conduta.

V) Não se pode confundir a ação de ocultar com a existência de divergências de entendimento, distintas concepções quanto a determinada realidade ou mesmo erros cometidos.

Assim, diante da convicção de um terceiro no sentido de que o real comprador é “A”, o fato de o Fisco vir a entender e comprovar que ele seria “B” não configura ocultação. Pode haver divergência de entendimento, distintas avaliações da realidade etc., mas não ocultação.

Apenas no caso de o terceiro (que se quer responsabilizar):

- i) saber que o real comprador é “B” e não “A” (hipótese que se afasta se ele entender que o real comprador é “A”);
- ii) dolosamente impedir que o Fisco saiba disso e, para esse fim, informar como comprador a pessoa “A” e, ademais,
- iii) não informar a existência de “B” como sendo o comprador, quando solicitado para tanto, é que – em princípio e desde que atendidos os demais requisitos – pode-se aliviar a existência da conduta de ocultar.

Em suma, o “*não saber*” por parte do Fisco não significa que houve o “*ocultar*” por parte do terceiro, pois isto pode se dar por outras razões.

VI) A ocultação da operação pode dizer respeito ao evento em si, sua dimensão ou à pessoa à qual ele se reporte. Ou seja, existe ocultação da operação se o conhecimento quanto à sua existência é negado; haverá ocultação do valor se o conhecimento da operação for acessível, mas seu valor não for integralmente ex-

posto; e haverá também ocultação se a operação e seu valor forem acessíveis, mas é indicada pessoa diversa da que efetivamente a realizou. Ou seja, pode haver ocultação total, parcial, objetiva ou subjetiva.

VII) para haver ocultação não basta que alguém tenha conhecimento da existência da operação ou do seu real valor. Para um terceiro ser responsabilizado é preciso que, além do conhecimento, ele tenha o dever legal de fornecer a informação ao Fisco.

Isto é particularmente importante em se tratando da posição do advogado (que foi expressamente indicado na lei do Estado do Mato Grosso acima examinada), pois, salvo casos excepcionais¹⁴, as informações que lhe são fornecidas pelo cliente são recebidas sob o manto do sigilo profissional. Portanto, como regra, o advogado está proibido de transmiti-las a terceiros, inclusive ao Fisco.

Em situação delicada se encontra, porém, o denominado advogado de operações que elabora os instrumentos jurídicos para a viabilização de determinado negócio eventualmente tributado. Estes casos precisarão ser examinados minuciosamente para aferir, individualmente, se o profissional se manteve dentro da esfera profissional ou se a extrapolou, a ponto de se tornar coautor ou partícipe da infração. A decisão sobre a existência ou não de extração cabe ao órgão profissional responsável, ou seja, à Ordem dos Advogados do Brasil, ou ao Poder Judiciário, mas nunca ao Fisco que se alegar lesado.

VIII) Ademais, é importante ter presente as características da informação para poder concluir se foi ou não atendido este último requisito da conduta de ocultar.

Com efeito, é preciso que a informação em questão seja uma “informação relevante”.

Não é qualquer informação que, não prestada, ainda que dolosamente, implica ocorrência da hipótese legal de ocultação.

Como expõe, de maneira muito feliz, Celso Delmanto em comentário que, embora diga respeito ao art. 177 do Código Penal, exprime um requisito essencial a todos os tipos de ocultação de informação:

“É mister que a informação seja referente a fato *relevante*, pois deve possuir potencialidade danosa.”¹⁵

De fato, informação irrelevante sem potencialidade danosa para o bem jurídico protegido pela norma (cumprimento da obrigação tributária) não configura o tipo infracional.

¹⁴ Que, por excepcionais, não serão aqui explorados.

¹⁵ *Código penal comentado*, atualizado e ampliado por Roberto Delmanto, 3. ed., 6^a tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 322. Destaque no original. No mesmo sentido do requisito de relevância de que deve se revestir a informação, veja-se Luiz Regis Prado, *Comentários ao Código Penal*, 11. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 592.

IX) Por derradeiro, cumpre lembrar que pretender interpretar a regra de incidência, inclusive no que se refere à sujeição passiva, para aplicá-la a casos concretos que não apresentem os requisitos nem a gravidade subjacente inerente ao pressuposto de cabimento da consequência legal é, simplesmente, cometer uma ilegalidade.

7. “Concorrer omissivamente para”

A omissão, o silêncio e a inércia são dos mais difíceis eventos com os quais o direito positivo precisa lidar.

Surgem em todos os campos: no constitucional, tanto assim que é hipótese de cabimento de mandado de injunção; no administrativo, com a figura do silêncio que enseja muito debate sobre se configura recusa à pretensão ou denegação do pedido ou, por outro lado, se, estando atrelado a um ato vinculado, se caberia suprimento pelo Poder Judiciário; no civil, quando se discute, por exemplo, o tema da reserva mental ou se configura anuência ou recusa etc.

Em matéria de responsabilidade tributária, o CTN também faz menção à omissão, no *caput* do seu art. 134. Nos casos contemplados nesse dispositivo, é possível identificar que a omissão se deu à vista de um dever jurídico de agir em determinada direção (boa administração, seriedade, prerrogativas da função etc.). Até mesmo no caso da responsabilidade dos sócios por dissolução irregular, a existência do dever de informar o término do funcionamento ou a mudança de localidade são o pressuposto cujo inadimplemento deflagra a responsabilidade.

Quando há um dever jurídico de agir de determinada maneira (omissão própria), o inadimplemento desse dever mediante a não realização da respectiva conduta é hipótese relativamente nítida de cabimento da responsabilidade. O mesmo ocorre em relação ao inciso V do art. 24 da LC n. 214/2025, pois se houver um dever legal de informar ou exibir ao Fisco e seu descumprimento se der como meio para – assim ocultando – viabilizar o descumprimento de obrigações tributárias, fica nítido o sentido do dispositivo.

Situação completamente diferente se apresenta quando não há o dever legal, mas a pessoa, investida de prerrogativas legítimas dentro de um contexto em que se encontra o contribuinte, tem conhecimento de condutas que poderão ou quase certamente irão levar ao descumprimento de obrigações tributárias (omissão imprópria).

Neste caso, a pergunta relevante é se o fato de tal pessoa se omitir poderá implicar, ou não, em torná-la coautora ou partícipe do respectivo descumprimento da obrigação tributária e, por esse motivo, responsável solidário do ônus tributário.

Abre-se aqui um amplo campo de discussão envolvendo o tema da causalidade seja no que atine às razões determinantes do resultado seja às condutas que se apresentem como condições dessa ocorrência.

Ou seja, em que medida cada conduta ocorrida (ativa ou passiva) contribui para a materialização do resultado. O debate se desdobra por vários campos indo da filosofia à realidade dos fatos, passando pela neurociência.

Não é o momento de ampliar esse debate; basta insistir que ele existe e irá repercutir nas conclusões extraídas.

Neste estudo, penso que é pertinente procurar mostrar alguns aspectos que precisarão ser considerados quando tivermos que enfrentar um caso concreto.

7.1. Peso da conduta: um primeiro aspecto diz respeito ao peso que a conduta dessa pessoa poderia ter em relação ao evento “descumprimento de obrigação tributária”.

Superada a preliminar inafastável de que a referida omissão deve implicar na ocultação da operação ou do seu valor, então três hipóteses podem ser consideradas:

- a) se a pessoa não se omitir, o resultado não ocorrerá. Trata-se de situação em que o agir impediria o resultado. Esta hipótese pode se dar, por exemplo, no caso de empresas cujos regulamentos internos preveem que determinadas operações só serão realizadas se, previamente, houver o pronunciamento favorável de determinado órgão ou setor. Neste caso, o pronunciamento prévio será vinculante e, portanto, havendo conhecimento e vontade quanto ao resultado previsível, a omissão integra o processo formativo da conduta de descumprimento da obrigação tributária.
- b) se a pessoa não se omitir, o resultado poderá ocorrer, mas em menor dimensão. Aqui o agente não pode impedir o resultado, mas pode diminuir o risco da sua materialização. Trata-se de hipótese mais abrangente do que a anterior, pois pode alcançar terceiros que não devem obrigatoriamente participar do processo formativo da conduta do contribuinte, mas que têm conhecimento porque a situação lhe é apresentada pelo contribuinte. Este caso é mais difícil de solucionar em abstrato, pois as circunstâncias concretas terão peso preponderante. Dentre elas, sempre poderá ocorrer que o contribuinte autuado argumente que “ninguém me alertou disso” e procure até mesmo trazer para o conjunto dos solidários mais pessoas com quem possa dividir os encargos. Em tese, se a conduta da pessoa puder diminuir o risco de ocorrer o descumprimento, sua omissão será relevante para a materialização do resultado e, portanto, ensejadora da responsabilidade solidária.
- c) se a pessoa não está investida de nenhuma prerrogativa específica nem participa do processo formativo ou deliberativo sobre a conduta do contribuinte, mas, por qualquer eventualidade, teve conhecimento da possibilidade de ocorrer o resultado, então caberá fazer a mesma indagação da hipótese anterior, qual seja se a sua omissão irá, em alguma medida,

reduzir o risco da materialização do resultado. Em princípio, toda e qualquer manifestação levada ao interlocutor adequado pode ter por efeito reduzir o risco do resultado; particularmente, no mundo atual em que são múltiplas as fontes de informação de que o tomador da decisão no âmbito empresarial pode se servir. Em suma, trata-se de situação que, embora aparentemente simples pelo distanciamento que a pessoa pode ter do processo de tomada de decisão, o exame das circunstâncias concretas será decisivo para a configuração ou não da solidariedade.

7.2. Omitir-se perante quem?: a segunda questão é um desdobramento da anterior, no sentido de que, tendo a pessoa constatado que sua omissão pode deflagrar a responsabilidade solidária, a quem ela deve se dirigir para que não se considere que concorreu omissivamente para o resultado? Na medida em que não haja um dever legal de informar o Fisco (hipótese que mencionei acima) penso que a ação deve ser dirigida a alguém que esteja investido de poder de não realizar o resultado.

O importante é que a pessoa adote uma posição no sentido de não colaborar para a ocorrência da ocultação e do resultado. As circunstâncias concretas é que dirão como agir.

7.3. Omissão versus fidelidade: todas estas situações referidas no presente estudo estão sendo examinadas como não tipificadoras de crime contra a ordem tributária. Ou seja, embora o modelo de disciplina desta responsabilidade solidária se apoie no perfil penal, não se trata de configuração de crime. Na hipótese de o caso concreto assumir o viés criminal, então a análise deverá ser refeita desde o início.

Assim, como a pessoa pode se encontrar numa situação de subordinação hierárquica e, eventualmente, vinculada a compromissos contratuais ou funcionais de sigilo e fidelidade, tendo agido de modo a não estar configurada a omissão aqui examinada, então, entendo que não poderá ser responsabilizada por, em sequência, ter exercido a função e realizado a conduta que lhe competia.

Claro está, porém, que, no plano concreto, esta pessoa poderá vir a ser tratada pelo Fisco como solidário, o que, por se tratar de eventual omissão, fará com que o ônus da prova da não omissão caberá àquela pessoa específica.

8. Início da realização, da execução ou do pagamento

O § 3º do art. 156-A da CF/1988 delimita o âmbito dentro do qual deve ocorrer a conduta que determina a responsabilidade solidária: realização, execução e pagamento da operação tributada.

Ora, realização significa ação de realizar, tornar real. Como tal, pode se desdobrar no tempo em várias condutas cujo resultado seja tornar real a operação tributada.

Nesta medida, estamos diante de condutas que compõem o iter formativo do fato gerador, vale dizer, o conjunto de ações concatenadas que irão culminar com a materialização do fato gerador dos tributos.

Sendo assim, é possível que distintas pessoas participem em diferentes momentos dessa sequência de atos e, portanto, é importante definir quando se considera iniciado esse iter, pois esse momento é que irá determinar o âmbito temporal dentro do qual os atos praticados poderão ensejar a responsabilidade solidária.

Isto coloca em pauta o exame dos atos preparatórios, do planejamento prévio, da formulação de consultas e avaliações já com um objetivo determinado e assim por diante, que só os fatos concretos podem esclarecer quanto à existência de um vínculo existente entre cada um destes atos e o resultado almejado.

O mesmo se dá na execução e no pagamento, pois também eles podem se desdobrar em momentos no tempo. A execução da operação de venda de mercadoria pode se desdobrar em atos que vão desde a celebração virtual da compra até a sua entrega física. Neste iter podem surgir várias condutas que possam envolver ocultação, como a não emissão adequada dos documentos fiscais, ou de transporte como a entrega em local distinto do previsto etc.

Até no caso de pagamento podem existir atos preparatórios que objetivem a ocultação, como cadastros formatados com esse objetivo, ou a utilização de programas de computador que mascarem dados relevantes da operação.

Em suma, ao pensar em realização, execução e pagamento da operação tributada não devemos pensar apenas em eventos pontuais isoladamente considerados, mas em verdadeiros processos que se desdobram no tempo e que podem ter a participação de diversas pessoas.

9. Graduação da responsabilidade

Outro importante tema que adquire dimensão inesperada é o da graduação da responsabilidade solidária num modelo como este em que pessoas distintas podem concorrer de maneira diversa e com diferentes graus de participação para que o resultado se materialize.

A LC n. 214/2025 traz uma limitação objetiva ao dizer que a responsabilidade do terceiro solidário imputa-se na proporção do que foi ocultado.

A questão que levanto é se, além desta, há espaço para se afirmar a necessidade de uma graduação desta responsabilidade (já circunscrita ao que foi ocultado) em função do tipo, da intensidade ou da relevância que a conduta concreta do solidário teve para o descumprimento da obrigação tributária.

Entendo que sim. Não só por uma questão de justiça, pois a responsabilidade de cada um resulta das condutas que tiveram e o terceiro responsável, por definição, não manifesta a capacidade contributiva captada pelo tributo. Além

disso, trata-se de decorrência do princípio consagrado no texto do inciso XLVI do art. 5º da CF/1988 combinado com o § 2º desse mesmo artigo¹⁶.

Com efeito, agride a isonomia tratar da mesma forma pessoas que tenham agido com dolo eventual das que o fizeram com dolo específico; pessoas que tenham conhecimento amplo do resultado e aquelas que dele tenham conhecimento restrito e assim por diante.

Daí a exigência inafastável (que implica uma garantia igualmente inafastável) que haverá uma *individualização* da responsabilidade solidária imputada a cada um dos partícipes.

Se a lei não dispuser a respeito, caberá ao julgador administrativo ou judicial graduar e individualizar a responsabilidade tributária imputada a cada um conforme as circunstâncias fáticas verificadas.

10. Não aplicação a outros tributos

O modelo de responsabilidade tributária aqui examinado vem previsto na EC n. 132/2023 especificamente para IBS/CBS. Pergunta pertinente é se este modelo é de aplicação exclusiva a estes dois tributos ou se poderia ser extensível a outros tributos, como se vê, por exemplo, na tentativa veiculada pelo PN n. 4/2018 de aplicação a imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro.

A razão desse questionamento adviria do fato de ter a Constituição Federal expressamente admitido o modelo, o que significaria existir um âmbito de disciplina da responsabilidade tributária não regulado pelo CTN. Isto ampliaria o espectro de alternativas possíveis que poderia ser invocado pelas entidades tributantes com base nos parágrafos do art. 24 da Constituição.

Não há dúvida de que o modelo no IBS/CBS é diferente do regulado no CTN, nem há dúvida de que a Constituição o autoriza; nem mesmo há dúvida de que na competência concorrente à falta de norma geral há competência tributária plena.

O fundamental é que o raciocínio que postula o cabimento do exercício da competência concorrente foi repelido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os casos da lei do Estado de Mato Grosso e da Lei federal n. 6.820/1993.

Portanto, apesar de ser um modelo constitucionalmente acolhido, sua aplicação está restrita a IBS/CBS vigorando para todos os demais tributos as regras do CTN sobre responsabilidade tributária que são de aplicação integral e não comportam ampliação subjetiva, nem quanto às hipóteses de cabimento.

¹⁶ “Artigo 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena [...]”; “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

11. Conclusão

A EC n. 132/2023 em muitos pontos não inovou, só explicitou o que já se encontrava contemplado em outros dispositivos constitucionais dando-lhes um caráter mais marcante no âmbito tributário¹⁷.

Em matéria de responsabilidade solidária, porém, a alteração foi profunda, na medida em que foi introduzido um modelo apoiado na ideia de participação no processo formativo da realização, da execução ou do pagamento da operação tributada, mediante o recurso à ocultação da operação ou do seu valor.

Este modelo se assemelha à disciplina penal relativa à autoria e à participação o que semeia uma visão de cumplicidade entre diversas pessoas a implicar delicadas e complexas discussões no plano teórico e prático.

Inúmeras são as situações em que essa responsabilidade solidária não poderá ser aplicada, mas outras e sutis poderão ensejá-la.

Embora se trate de modelo aplicável exclusivamente a IBS/CBS não se pode afastar a possibilidade de, em se mostrando um modelo eficaz, vir a induzir uma alteração no CTN para incorporá-lo e torná-lo aplicável a outros tributos e contribuições.

A conclusão principal é de que há muito o que estudar neste campo, na medida em que o que já foi produzido em termos teóricos e jurisprudenciais sobre os arts. 134 e 135 do CTN não está na mesma frequência da nova disciplina.

Referências bibliográficas

- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, atualizado e ampliado por Roberto Delmanto. 3. ed., 6^a tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 322.
- GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos improprios*. Tradução de Ronan Rocha. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- GRECO, Marco Aurélio. Responsabilidade de terceiros e crédito tributário. Três temas atuais. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 28, 2007, p. 235.
- GRECO, Marco Aurélio. Princípio da capacidade contributiva. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (coord.).
- GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. Vetores do sistema tributário nacional após a EC-n.132. *Revista Direito Tributário Atual* v. 56. São Paulo: IBDT, 2024, p. 752-780.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 592.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TORRES, Silvia Faber (superv.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2011, p. 155.

¹⁷ Veja-se o texto meu e de Sergio André Rocha, *Vetores do sistema tributário nacional após a EC-n.132, Revista Direito Tributário Atual* v. 56. São Paulo: IBDT, 2024, p. 752-780.

Ainda a Norma do Art. 129 da Lei n. 11.196: sua Interpretação e seu Alcance

Still the Rule of Article 129 of Law No. 11,196: its Interpretation and its Scope

Ricardo Mariz de Oliveira

Bacharel em Direito e Ciências Sociais pela Faculdade de Direito da USP.

Especialista em Direito Civil pela mesma Faculdade. Presidente do IBDT até abril de 2025 e Conselheiro Vitalício. Advogado. E-mail: rmo@marizadvogados.com.br.

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.17.2025.2874>

Resumo

Os debates em torno do tratamento como pessoa jurídica, para pessoas físicas, atravessam os tempos e acarretaram a promulgação da Lei n. 11.196 com disposição específica sobre o tema (art. 129). A norma desse artigo foi objeto de comentário publicado por mim na *RDTA* n. 42, o qual, contudo, seis anos depois, comporta a revisão apresentada no presente trabalho.

Palavras-chave: pessoa jurídica, sociedade, empresa, fins tributários, intelectual.

Abstract

The debates regarding the treatment of natural persons as legal entities have persisted over time and led to the enactment of Law No. 11,196 (Article 129), which includes specific provisions on the matter. The rule established in this article was the subject of a commentary published by me in *RDTA* No. 42, which, however, six years later, is now subject to the revision presented in the present work.

Keywords: legal entity, partnership, enterprise, tax purposes, intelectual.

1. Considerações introdutórias e gerais sobre a norma do art. 129 da Lei n. 11.196, inclusive em face de outras normas de equiparação de pessoas naturais e empresas individuais a pessoas jurídicas

A estruturação de negócios através de pessoas jurídicas tem sido perseguida há muito tempo em virtude da economia de tributos que, dependendo das circunstâncias, pode acarretar quando confrontada com o tratamento tributário para as mesmas atividades realizadas por pessoas físicas.

Como todos sabem, há intenso contencioso sobre o tema, sendo comum a fiscalização federal desqualificar pessoas jurídicas, e as decisões dos respectivos processos administrativos na maior parte das vezes têm sido em desfavor dos contribuintes.

Nesse cenário, surgiu em 2005 a Lei n. 11.196, cujo art. 129 pretendeu colocar fim à discussão, sem, contudo, atingir esse desiderato, ao menos em toda a extensão desejada.

No âmbito do IBDT, o assunto foi objeto de acaloradas discussões nas Mesas de Debates dos dias 6 e 13 de junho de 2019, em razão do que, naquela época, entendi ser conveniente apresentar comentários em torno do art. 129, o que foi feito através de artigo intitulado “Interpretação, vigência e eficácia das normas jurídicas – a função dos regulamentos – o caso do art. 129 da Lei n. 11.196”, o qual foi publicado em 2019 na *Revista Direito Tributário Atual* v. 42, p. 519¹.

Como o título desse trabalho permite verificar, foram tratadas diversas questões jurídicas para encaminhar a posterior análise da mencionada norma. Isto se deveu a que, nas referidas Mesas de Debates, boa parte das opiniões emitidas defendeu a aplicação da regra às empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELIs), então previstas no art. 980-A do Código Civil, isto porque o art. 44 do mesmo código definia essas empresas como pessoas jurídicas (inciso VI).

Houve, portanto, o interesse em verificar as classificações das pessoas no direito civil e as hipóteses legais de equiparação de pessoas físicas a pessoas jurídicas para fins do imposto de renda, tendo sido necessário abordar os dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda e suas respectivas fontes legais, daí ensajando estudo sobre vigência e eficácia das leis, funções e limites dos regulamentos e outros aspectos pertinentes.

Ainda naquele trabalho constatou-se a ilegalidade do regulamento em não mencionar, entre as hipóteses de definição de pessoas jurídicas, a estabelecida pelo mencionado art. 129, além de ter sido estudada a validade (vigência e eficácia) de antigas normas fiscais de equiparação de pessoas físicas a jurídicas.

A conclusão desse anterior artigo, ou melhor, uma das conclusões, foi no sentido de que o art. 129 somente seria aplicável a sociedades que realizem os serviços nele referidos, e não às EIRELIs, porque estas eram pessoas jurídicas no direito civil (art. 44, inciso VI, do Código Civil), mas não sociedades, em virtude do que não seriam alcançadas pela norma.

É forçoso reconhecer, também, que a propensão para entender que o art. 129 somente se aplicaria a sociedades estava influenciada pelo contencioso todo voltado para casos de pessoas jurídicas consideradas abusivas por parte do fisco.

E neste pressuposto, de abrangência apenas de sociedades, foi afirmado que o art. 129 não teria instituído uma ficção de pessoa jurídica, ou de equiparação de pessoas naturais a pessoas jurídicas, mas simplesmente confirmado o tratamento, como pessoa jurídica, às sociedades que, por já serem pessoas jurídicas,

¹ Antes disso, embora em menor profundidade, eu havia abordado o art. 129 em Observações sobre a desconsideração da personalidade jurídica perante o direito tributário, texto elaborado para o II Fórum Brasileiro de Direito Tributário e publicado em 2007 na *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 28, p. 85, com a organização de Othon Pontes de Saraiva Filho.

não precisariam de qualquer ficção para serem tratadas como tal. Nesta visão, o art. 129 teria função apenas de confirmar o tratamento fiscal.

Revendo o assunto, constato que houve um desvio da atenção sobre a norma do art. 129, desvio que decorreu dos debates em torno das diferentes categorias do direito civil, e porque havia grande concentração do pensamento na diferença entre uma EIRELI e uma sociedade, além do fato de que o art. 129 alude a “sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços” e ressalva a possibilidade de desconsideração de personalidade jurídica, o que evidentemente só cabe se houver uma pessoa jurídica (como uma sociedade, empresária ou não), e não caberia no caso de uma EIRELI.

Em vista disso, independentemente de que em 2022 a Lei n. 14.382 tenha revogado as duas normas do Código Civil que tratavam da EIRELI, impende rever a interpretação do art. 129 e o seu alcance, pois outras empresas individuais continuam a existir, além de que pessoas naturais também podem ser prestadoras de serviços intelectuais. E nesta revisão cabe propor uma nova conclusão perfeitamente possível, a qual, penso, é mais consentânea com o conteúdo normativo manifestado naquele dispositivo da Lei n. 11.196. Com razão, neste caso, a norma passa a ter uma abrangência mais ampla, e estabelece nova equiparação de pessoas físicas às jurídicas.

Com certeza haverá discordância com esta afirmação, mas o pensamento precisa ser exposto para o debate ao menos teórico, cabível sempre que há uma norma legal a ser interpretada.

Como passo preliminar, é indispensável ter em mente a exata redação do art. 129, ao lado da lembrança de outras normas do ordenamento jurídico. Assim, reza aquele artigo:

“Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.”

Juntamente com esse dispositivo legal, vale lembrar o art. 966 do Código Civil, segundo qual “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Mas o parágrafo único prescreve que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

E, sobre as regras de equiparação para efeitos de imposto de renda, valhamo-nos dos dispositivos do RIR/2018, que espelham várias normas legais arraigadas no nosso direito tributário.

A este respeito, cabem dois esclarecimentos:

- o emprego do RIR/2018, e não do RIR/1999, que estava em vigor quando em 2005 foi promulgada a Lei n. 11.196, não acarreta qualquer problema porque as fontes legais referidas nos dois regulamentos são as mesmas e estavam em vigor em 2005, com exceção da inclusão, no regulamento de 2018, de alusões ao Código Civil de 2002, as quais, contudo, têm valor relativo, conforme foi demonstrado no artigo de 2019 e será confirmado adiante;
- há que se admitir a validade das disposições regulamentares mesmo perante as críticas que foram feitas a algumas delas no artigo de 2019, pois elas, para os fins deste estudo, e mesmo antes do código de 2002, representam o ambiente legislativo em vigor em 2005, com base em cujas normas se desenrolavam as controvérsias que levaram ao art. 129; e este é um dado relevante para a exegese jurídica.

Entre as disposições do RIR/2018, o art. 158 trata das pessoas jurídicas e determina que são contribuintes do imposto de renda, devendo ter seus lucros apurados de acordo com as regras do regulamento, as pessoas jurídicas e as empresas individuais conforme as identificações contidas no art. 159, nelas incluídas as sociedades e outras pessoas jurídicas segundo o direito privado (*caput* e incisos I e II). Esse artigo acrescenta no seu § 1º que ele se aplica independentemente de a pessoa jurídica estar regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Em prosseguimento e complemento, o art. 159 determina que se consideram pessoas jurídicas, para fins do disposto no art. 158, as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital (inciso I), além de outras que não dizem respeito ao tema ora abordado.

Impende ainda mencionar a regra que completa as anteriores, constante do art. 162, segundo a qual “as empresas individuais são equiparadas às pessoas jurídicas” (*caput*), sendo que o § 1º determina que são empresas individuais: “os empresários constituídos na forma estabelecida no art. 966 ao art. 969 da Lei n. 10.406, de 2002 – Código Civil” (inciso I); “as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, por meio da venda a terceiros de bens ou serviços” (inciso II); e “as pessoas físicas que promovam a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos”, nos termos estabelecidos em disposições posteriores.

Finalmente, é relevante o § 2º do art. 162, que afasta da aplicação do inciso II acima, nas seguintes hipóteses em que pessoas físicas, individualmente, exercam as profissões ou explorem as atividades de: “médico, engenheiro, advogado,

dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas” (inciso I); “profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais” (inciso II); outras que não precisam ser mencionadas, mas que podem ser enquadradas no presente estudo quando também forem de natureza intelectual.

Portanto, os dispositivos regulamentares acima mencionados refletem o ambiente legislativo em vigor quando em 2005 surgiu a Lei n. 11.196. A referência a artigos de regulamento posterior a essa lei facilita a visão do ordenamento como vige atualmente, além de que, como já dito, seus fundamentos legais são anteriores àquela lei e, na época dela, havia o RIR/1999 com as mesmas disposições.

E a observação do ordenamento vigente em 2005 é relevante para se compreender o objetivo do art. 129, podendo-se notar que ele veio preencher como que um vácuo nas regras determinantes da equiparação, para efeitos de imposto de renda, de pessoas físicas às jurídicas, e nas regras de tratamento como pessoas jurídicas para as verdadeiras pessoas jurídicas segundo o direito privado.

Realmente:

- as pessoas jurídicas segundo o direito privado já eram assim consideradas para efeitos do imposto de renda (RIR/2018, art. 158-I com art. 159-I);
- as empresas individuais segundo o direito privado, em cujo âmbito elas não são pessoas jurídicas, eram equiparadas a pessoas jurídicas para efeitos do imposto de renda (RIR/2018, art. 158-II com art. 162, *caput* e § 1º-I);
- as pessoas físicas exercentes de atividades empresariais segundo o direito privado, que igualmente não são pessoas jurídicas nesse ramo, também já eram equiparadas a empresas individuais e, consequentemente, a pessoas jurídicas para efeitos do imposto de renda (RIR/2018, art. 158-II com art. 162, *caput* e § 1º-II);
- embora, na equiparação referida no item anterior, as atividades empresariais pudessem ser de prestação de serviços e de venda de bens², estavam excluídas da equiparação as pessoas físicas que, individualmente (portanto, não em sociedade), exercessem as profissões ou explorassem as atividades de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes pudesse ser assemelhadas, e todas as profissões, ocupações e prestações de serviços não comerciais (RIR/2018, art. 158-II com art. 162, *caput* e §§ 1º-II e 2º-I e II).

² Inclusive, no caso de imóveis, os incorporadores de loteamentos e prédios em condomínios nas circunstâncias previstas (art. 162, § 1º-III).

A ausência de tratamento das pessoas físicas como pessoa jurídica, portanto, era restrita a esta última hipótese, relativa à prestação de serviços das profissões listadas e das profissões, ocupações e serviços não comerciais.

Além desta constatação, cabe também observar um engano que ocorre comumente quando se trata desta questão, que é distinguir situações em que, por um lado, há um indivíduo prestador de serviço e, por outro lado, situações em que esse indivíduo trabalha em conjunto com outros para a realização de determinada prestação. Muitas vezes o tratamento de pessoa jurídica é reconhecido apenas na segunda situação, e não na primeira, o que, contudo, não tem o mínimo sentido.

É evidente que, na segunda situação temos uma evidência fática mais próxima da existência de uma sociedade, o que não ocorre na primeira situação, mas isto é absolutamente irrelevante no trato do art. 129, devidamente compreendido, pelas seguintes razões:

- se houver duas ou mais pessoas associadas para a realização da prestação, já são pessoas jurídicas para todos os efeitos legais, ainda que não tenham constituído uma sociedade regular; quando não há uma sociedade regular, o tratamento é como pessoa jurídica, não somente porque se trata de uma sociedade de fato (sociedade irregular) e o art. 126 do CTN comanda que a capacidade tributária passiva independe de a pessoa jurídica estar regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional, como também porque a lei do imposto de renda tinha (e tem) norma específica no mesmo sentido (RIR/2018, art. 158, § 1º);
- e se houver apenas uma pessoa trabalhando individualmente para a realização da prestação, e houver uma norma fiscal de equiparação à pessoa jurídica, esta visa exatamente esta hipótese de ausência de pessoa jurídica; isto é, se a norma visa equiparar uma pessoa natural à jurídica, não há espaço para qualquer indagação sobre a existência de qualquer espécie de pessoa jurídica, inclusive de alguma sociedade, já que a hipótese é exatamente de inexistência de uma pessoa jurídica.

Ainda uma derradeira consideração: a norma de equiparação, quando aplicável, determina o regime a que se submete o contribuinte pessoa física, isto é, coloca-o no regime tributário das pessoas jurídicas, e este abrange todo e qualquer tipo de contraprestação a que ela faça jus por sua atividade, porque é assim que ocorre com as verdadeiras pessoas jurídicas. Deste modo, não cabe ficar distinguindo se o serviço é remunerado por tempo à disposição do contratante, ou por determinada unidade de produção realizada (resultado gerado), ou se é uma remuneração direta ou indireta (como a obtida com a transferência de direito de explorar o resultado gerado pelo trabalho da pessoa).

Em suma, o que define a inclusão de uma pessoa física no regime de tributação das pessoas jurídicas é o tipo de atividade que ela desenvolve, e não sua remuneração, ou se sua renda é um rendimento ou um ganho de capital. No caso do art. 129, observe-se que ele se refere à prestação de serviços intelectuais, e não ao tipo de contraprestação devida por sua realização.

Isto posto, é possível passar à interpretação do art. 129 da Lei n. 11.196, com o conhecimento de que ele veio preencher um espaço vazio do ordenamento então vigente, que não contemplava determinadas atividades de prestação de serviços em qualquer das hipóteses de enquadramento de pessoas naturais e empresas individuais como pessoas jurídicas. Com razão, se já houvesse alguma regra equiparando esses serviços prestados por pessoas naturais ou empresas individuais a pessoas jurídicas, a norma do novo artigo não teria qualquer serventia no sentido de inovar o ordenamento, e apenas o de esclarecer o tratamento nas hipóteses por ela referidas.

Esta última possibilidade, sustentada em caráter geral, inclusive porque muitos não enxergam no art. 129 o caráter de norma de equiparação de pessoa física à pessoa jurídica, é *passível de discussão, pois geralmente uma nova norma inova o ordenamento, salvo excepcionalmente quando tiver caráter interpretativo, que não é o caso do art. 129, como se verá adiante.*

Sendo assim, isto é, se o art. 129 inovou o direito vigente antes dele, acabou por estabelecer a equiparação à pessoa jurídica quando pessoas físicas ou empresas individuais prestem os serviços que até então não se enquadravam nas hipóteses legais de equiparação com pessoas jurídicas segundo as regras pertinentes ao imposto de renda. E o fez com alcance mais extenso do que as disposições legais anteriores, que eram destinadas apenas ao imposto de renda, pois o art. 129 estabeleceu a equiparação para todos os efeitos fiscais, além dos previdenciários³.

Vamos prosseguir estas considerações dividindo-as em dois aspectos, a saber:

- determinar se o art. 129 aplica-se apenas a sociedades, como entendido no meu artigo de 2019 e como geralmente é compreendido, ou se é verdade que também se aplica a pessoas físicas e empresas individuais, caso em que serão equiparadas a pessoas jurídicas; trata-se, pois, de verificar o aspecto pessoal da hipótese de incidência da regra contida no art. 129;
- determinar qual o alcance do art. 129 quanto às atividades por ele abrangidas; trata-se, portanto, de estabelecer o aspecto material da hipótese de incidência dessa regra, dado este que não foi abordado extensivamente em 2019.

³ É verdade que normas específicas de outros tributos já adotavam a definição legal de pessoa jurídica, dada pela legislação do imposto de renda, também para a incidência e o cálculo desses outros. Entretanto, ao menos quanto aos serviços previstos no art. 129, a amplitude do seu comando passou a dispensar outras regras legais.

2. Aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma do art. 129 da Lei n. 11.196: sua abrangência apenas de sociedades ou também de pessoas físicas e empresas individuais

O ponto a ser tratado aqui é aquele de divergência parcial com a conclusão do meu próprio artigo de 2019, porque se vai demonstrar a possibilidade de haver outra interpretação, no sentido da aplicação da norma do art. 129 quando as atividades nele descritas forem realizadas por pessoas naturais ou por empresas individuais, e não somente por sociedades.

Este entendimento decorre não apenas da literalidade do art. 129, embora a letra do artigo conduza a ele. Todavia, o texto legal deve ser o ponto inicial para a exegese da respectiva norma, mas a ela também se deve chegar através da aplicação conjunta de outros métodos de interpretação. É o que será feito.

Neste sentido, é possível alinhar ao menos quatro razões que justificam a interpretação de que o alcance da norma, no aspecto pessoal da sua hipótese de incidência, é mais extenso do que a abrangência apenas de pessoas jurídicas constituídas como sociedades.

Porém, independentemente dessas razões, e de outras que se possa levantar, vale apontar que a *ratio* da norma do art. 129 conduz à sua aplicação principalmente quando as atividades de serviços sejam desenvolvidas em caráter individual, e apenas em segundo plano quando praticadas por uma sociedade.

De fato, limitar o alcance da norma aos serviços prestados por sociedades acarretaria substancial esvaziamento do alcance da norma, porque sociedades são pessoas jurídicas por sua natureza e, destarte, o art. 129 apenas confirmaria redundantemente o direito já existente⁴.

Vejamos as razões.

Primeira razão: não há motivo racional que justifique uma norma como a do art. 129 dar tratamentos distintos quando determinadas atividades sejam desenvolvidas através de uma sociedade e quando sejam desenvolvidas por pessoa física ou empresa individual. Claro que pode haver tratamentos diferenciados, desde que guardados certos limites, mas não perante a normatização contida no art. 129.

Esta razão está estribada no brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem jus*⁵, o qual exprime o postulado de que duas ou mais situações iguais ou semelhantes em sua essência (iguais nos seus elementos essenciais para determinada identificação de situações) devem receber tratamentos jurídicos iguais.

Esta afirmação, sem a devida compreensão do seu sentido, pode suscitar dúvida quanto à sua procedência no caso ora enfrentado, inclusive porque pes-

⁴ É por entender equivocadamente o sentido da norma do art. 129 que, para combater sua aplicação, o fisco procura demonstrar haver abuso na constituição de sociedades. Porém, entendido que ela também se aplica a pessoas físicas, a discussão sobre a efetiva existência de uma sociedade é despicienda.

⁵ Alguns preferem *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* e outros *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio jus*.

soas físicas e pessoas jurídicas têm regimes tributários diferentes, mesmo relativamente ao imposto de renda.

Entretanto, deve-se entender que a igualdade ou a semelhança entre situações deve ser essencial ou substancial, e que o é quando se relate aos (ou se encontre nos) elementos componentes que são ínsitos à norma legal, os quais impõem tratamento igual pela lei, mesmo para hipóteses que sejam distintas em outros aspectos.

Este critério deve ser utilizado para interpretar determinada norma, mas também pode ser aplicado quando não haja norma, isto é, em situação de lacuna da lei, neste caso como meio de integração do ordenamento, vale dizer, para preencher a ausência de norma sobre dada situação, o que pode ser feito através do emprego da analogia com norma prevista para uma dada situação que seja substancialmente igual ou semelhante a outra para a qual não haja norma legal.

O que está sendo dito tem suporte até em normas legais relativas ao preenchimento de lacunas legais, seja no âmbito do direito privado e do direito em geral (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), seja na seara do direito tributário, pois a analogia é o primeiro dos meios para a integração do direito, entre os previstos no art. 108 do CTN, e somente é vedada se acarretar a incidência de tributo não previsto em lei.

A doutrina é uníssona e muito rica a respeito do aforisma *ubi eadem ratio ibi eadem jus*. Ninguém menos do que Carlos Maximiliano traduz o texto latino e explica: “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”, os casos idênticos regem-se por disposições idênticas⁶.

Também o jusfilósofo Miguel Reale manifestou-se sobre o aforisma, considerando-o princípio geral de direito⁷. No terreno do direito tributário, José Souto Maior Borges reportou-se ao preceito e à sua antiguidade, ao tratar da imunidade constitucional para o livro, e sua extensão ao livro eletrônico⁸.

Na jurisprudência judicial encontramos a aplicação do preceito, por exemplo pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: “Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, ‘a fortiori’, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto ‘ubi ea-

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 294.

⁷ REALE, Miguel. Parecer não publicado, datado de 08.06.1995: “É princípio geral de direito que, em identidade ou semelhança de supedâneo factual, aplica-se a mesma norma jurídica, segundo a antiga parêmia: ‘ubi eadem ratio ibi eadem dispositio’. Não há, em verdade, nada que justifique a existência de diferentes critérios jurídicos para reger a mesma ou análoga ordem de fatos.”

⁸ BORGES, José Souto Maior. Imunidade tributária dos produtos de informática (ICMS/IPI/ISS). *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 24/96. São Paulo: IOB, 1996, p. 1/10545. Segundo ele “esse dispositivo historicamente insere-se numa tradição muito antecedente à eclosão da informática. Mas, como nos ensina a sabedoria imemorial, ‘onde está a mesma razão, está o mesmo dispositivo’ (‘ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio’).”

dem ratio, ibi eadem legis dispositio” (Recurso Especial n. 1.152.764/CE em 23.06.2010, relator o Ministro Luiz Fux)⁹.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça existem mais de cento e cinquenta acórdãos em que o preceito foi referido, como se deu, para exemplificar, no Recurso Especial n. 1.358.837/SP, decidido em 10 de março de 2021 pela Primeira Seção (relatada a Ministra Assusete Magalhães).

Mas não é somente no Poder Judiciário que se encontram alusões ao *ubi eadem*, pois sábios julgados do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda dele se valeram em várias oportunidades.

Uma delas foi quando a Câmara Superior de Recursos Fiscais proferiu o Acórdão n. CSRF/01-0.754 (27.08.1987, relator o Conselheiro Jacinto Medeiros Calmon)¹⁰. Mais recentemente, já sob a denominação de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, encontra-se o aforisma no seio do Acórdão n. 3403-00.485, em que consta: “... princípio hermenêutico segundo o qual onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito” (3^a Turma Ordinária da 4^a Câmara da 1^a Seção do CARF, 30.07.2010, relator o Conselheiro Robson José Bayerl).

Há outros casos na jurisprudência do CARF, como os Acórdãos n. 3201-006.505 (30.1.2020, Cons. Leonardo Correia Lima Macedo), n. 2101-001.349 (10.12.2012, Cons. Acácia Sayuri Wakasugi), e n. 2101-001.334, de 18 de agosto de 2011 (Cons. Giovanni Christian Nunes Campos).

Para os que gostam de se aprofundar no estudo da ciência do direito, não passa despercebido que o preceito *ubi eadem ratio ibi eadem jus* amolda-se ao princípio da isonomia, declarado entre os direitos individuais na Constituição de 1988, e que Ruy Barbosa enunciava dizendo que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, porque tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com a igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real¹¹.

Este vínculo, do princípio da isonomia com o preceito *ubi eadem*, foi percebido pelo Conselheiro Carlos Walberto Chaves Rosas ao relatar em 14 de abril de 1989 o Acórdão n. CSRF/01-0.867, da Câmara Superior de Recursos Fiscais¹².

⁹ Também no Recurso Especial n. 410.347/SC, da mesma relatoria e turma julgadora (julgado em 07.11.2002), foi dito: “As verbas indenizatórias que apenas recompõem o patrimônio do indenizado, físico ou moral, tornam infensas à incidência do imposto de renda. Aplicação do brocado ‘ubi eadem ratio ibi eadem dispositio’.”

¹⁰ Lembrou bem o ilustre patrono do recorrente, em sua exuberante argumentação de defesa, o aforismo romano – ‘ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio’ – enfatizando que ‘os mesmos princípios, quando contemplados num ou em vários dispositivos legais, constituem fonte perene que, por intermédio do processo analógico, geram normas não expressas, mas que estão implícitas no sistema jurídico’, e que, ‘assim tais princípios pelo referido método de interpretação e integração da ordem jurídica, são estendidos a hipóteses não expressamente previstas em lei, mas que têm a mesma natureza daquelas por ela cogitadas’.

¹¹ BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Leme-SP: Edijur, 2016, p. 17.

¹² Mesmo sem mencionar o aforisma, fez constar do seu voto o seguinte, afastando a possibilidade de que, por razões accidentais, fossem tratadas desigualmente duas situações equivalentes: “Aque-

Em síntese, havendo situações de fato ou de direito equivalentes em sua substância, deve-se aplicar a mesma regra de direito, não cabendo olvidá-la ou distinguir situações por excesso de formalismo ou interpretação literalíssima, em afronta à lógica, ao bom senso e ao princípio da isonomia.

É por isso que se impõe esta primeira razão impeditiva de diferenciar uma sociedade que preste determinado serviço e uma pessoa natural que preste o mesmo serviço, pois ambas estão em situação equivalente em face das circunstâncias fundamentais constantes da hipótese de incidência da norma do art. 129, como será visto no prosseguimento.

Ademais, mesmo o art. 129 não restringe sua hipótese de incidência a serviços intelectuais prestados por sociedades, como também veremos.

Segunda razão: a afirmação feita com base na primeira razão conduz o nosso raciocínio a uma nova razão, a qual se centraliza na parte essencial e fundamental do antecedente da norma expressida pelo art. 129, assim redigido: “a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural”.

Como vimos, o preceito *ubi eadem ratio ibi eadem jus*, reflexo ou manifestação do princípio da isonomia, impõe que duas situações idênticas ou similares nos seus aspectos fundamentais sejam tratadas sob a mesma norma, quer dizer, devem receber o mesmo disciplinamento jurídico, somente não sendo assim se for para exigir tributo não previsto em lei.

Não se trata, portanto, nesta segunda razão, de fazer uma interpretação exclusivamente literal do art. 129, e apenas da sua parte inicial, mas de procurar nele o que é fundamental quando descreve a hipótese de incidência da respectiva norma, e o fundamental é a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural.

A rigor, o essencial e fundamental é tratar-se de serviços intelectuais, pois a alusão aos de natureza científica, artística ou cultural é meramente exemplificativa. Em outras palavras, serviços de natureza científica, artística ou cultural são espécies do gênero serviços intelectuais, mas não o esgotam.

Outrossim, outros elementos da norma descrita no art. 129 também não são essenciais porque podem existir ou não, isto é, são acidentais.

Com efeito, o caráter acidental está explicitado inclusive no próprio modo como se exprime o mencionado artigo, quando alude ao serviço ser personalíssi-

le que já inativado venha a contrair uma das moléstias em questão não se amolda à situação que ensejou a edição da norma isencional? Qual o motivo que excluiria do alcance da referida isenção essa pléiade de aposentados? O simples fato de que ao se aposentar não sofria o servidor do mal que somente tempos depois o veio afligir? Parece-me excesso de formalismo interpretar-se o dispositivo em debate dando tamanha relevância à palavra ‘motivada’, a ponto de restringir o universo daqueles a quem a lei se propõe isentar. Tal exegese afronta a lógica, o bom senso e os princípios da isonomia, da universalidade e da capacidade contributiva, todos expressamente contemplados pela Constituição em vigor”.

mo ou não, demonstrando a insignificância desse elemento, que pode existir ou não, em qualquer caso sem afastamento da norma. Portanto, a referência a ele decorre de que muitos dos casos então em andamento tratavam de serviços bem individualizados numa determinada pessoa, tendo sido necessário que, a despeito disso, o tratamento deve ser de pessoa jurídica.

Também ocorre o mesmo quando o art. 129 menciona que o serviço pode ser contratado ou efetivado com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços. É circunstância igualmente sem significância para a hipótese de incidência, tendo sido colocada na lei para deixar claro que o consequente da norma terá aplicação mesmo que haja a presença de um desses elementos, ou que não haja.

O “ou não” reforça o entendimento sobre qual é a essência da hipótese de incidência e sobre a accidentalidade desta parte do artigo, pois é evidência de que, com um sim ou com um não, o tratamento será o mesmo se o serviço for intelectual.

A própria existência de uma sociedade é accidental, ante tudo o que foi constatado no primeiro segmento deste comentário e será confirmado adiante, e porque a sociedade prestadora está associada ao elemento accidental de haver ou não designação de sócios ou empregados para a prestação do serviço.

Também favorece esta compreensão da norma a maneira como ela está expressida, pois, ao se referir a sócios ou empregados da sociedade prestadora a atividade, acrescenta o complemento “quando por esta realizada”. Esse complemento confirma que pode ou não haver uma sociedade prestadora, pois a participação ou não dos sócios ou empregados não se aplica quando não houver uma sociedade prestadora. Isto é, se fosse sempre uma sociedade, não haveria necessidade do “quando”.

Do mesmo modo, a parte final da norma, que alude à sua aplicação independentemente de desconsideração da personalidade jurídica segundo o art. 50 do Código Civil, não integra a essência da hipótese de incidência da norma do art. 129, porque somente tem aplicação se o serviço for prestado por pessoa jurídica e, mesmo quando o seja, a desconsideração só é possível por uma das circunstâncias previstas na lei civil, as quais, por sua vez, nada têm a ver com as circunstâncias fáticas que compõem a hipótese de incidência da norma fiscal, pois o art. 50 pode aplicar-se a qualquer atividade da pessoa jurídica, e não apenas quando for de prestação de serviços intelectuais. Portanto, havendo ou não a incidência do art. 50, a norma do art. 129 se impõe nas situações em que esteja presente o fundamental da sua hipótese de incidência, sendo a desconsideração da personalidade jurídica aludida para esclarecer que a norma deve ser aplicada mesmo que ocorra a desconsideração e que esta acarrete as consequências de responsabilidade pessoal determinada pela lei civil.

Com razão, se a desconsideração fosse necessária para a norma do art. 129 ser aplicada, estaria incluída na hipótese de incidência, que diria, por exemplo,

“a prestação de serviços intelectuais, [...], quando houver desconsideração da personalidade jurídica da prestadora, [...]”.

Ao contrário, quando o artigo prescreve o tratamento fiscal e previdenciário como pessoa jurídica, “sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 [...]”, está emitindo a noção de que pode haver o tratamento como pessoa jurídica para efeitos fiscais e previdenciários, sem que isso impeça (sem prejuízo para) a aplicação do art. 50, quando couber, mas não que necessariamente precise ser aplicado o art. 50 para ser aplicável o art. 129.

Sendo assim, a aplicabilidade das partes accidentais da norma prevista no art. 129, independentemente da relevância ou não de alguma delas em cada situação concreta, somente ocorre quando for o caso, isto é, se for o caso de aplicá-la, vale dizer: quando (ou se) couber ser aplicada.

A este propósito, recobro o que certa vez escrevi a respeito do Parecer Normativo CST n. 14/1984, que tratou da exaustão incentivada de recursos minerais: “Em qualquer proposição verbal, inclusive nas disposições legislativas, há que se distinguir as referências essenciais das accidentais. O essencial do enunciado, e não o acidental, é que define o conteúdo e o alcance do mesmo. O acidental surge apenas como elemento modificador do essencial e só aplicável quando couber. Todavia, a falta de elemento essencial não exclui nem afasta o enunciado onde consta o que lhe é essencial. Assim, na norma jurídica há elementos essenciais que definem a hipótese fática e o comando legal, e pode haver referência a elementos accidentais que, se existirem efetivamente em determinada hipótese concreta, modificarão a aplicação da norma ao caso concreto, mas, se não existirem, não excluirão a aplicação da norma apenas pelo seu conteúdo essencial. Por exemplo, a base de cálculo do imposto de renda é o lucro real correspondente ao período-base, e o ‘lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas’ em lei (arts. 153 e 154 do RIR/80). O elemento essencial da norma é que a base de cálculo é o lucro líquido, e o elemento acidental é o resultado dos ajustes previstos em lei. Isto não quer dizer que, se não houver ajustes em determinado caso concreto, não haja base de cálculo. [...] Assim também com a exaustão incentivada, que deve ser de 20% da receita bruta da exploração da jazida, diminuída do valor da exaustão efetiva, esta quando houver e quando contabilizada. A inexistência da exaustão contábil, ou porque incabível, ou porque a empresa não a tenha contabilizado, não exclui a aplicação da norma legal relativa ao incentivo, pelo seu conteúdo essencial.”¹³

Recupero também a lembrança do Acórdão n. CSRF/01-0257, de 24 de agosto de 1982, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que afirmou o seguinte: “A esses dois argumentos, já o inesquecível Prof. Rubens Gomes de Sousa responde-

¹³ RT Informa n. 352. São Paulo: RT, segunda quinzena de agosto de 1984, p. 8.

ra que a previsão para evitar a evasão, através de pessoas ligadas às pessoas enumeradas no dispositivo, e a cobrança de tributo e demais encargos de pessoas físicas beneficiárias da distribuição ‘obviamente comportavam a ressalva implícita quando aplicável’” (destaque no original).

Igualdade ou semelhança, portanto, é quanto aos fatos, como vem sendo desenvolvido o raciocínio para compreender o que seja fundamental e o que é acidental na descrição da hipótese de incidência da norma do art. 129. Porém, é possível que ele também seja dirigido à parte dispositiva (o consequente) de alguma norma, porque a isonomia afinal é o requerimento de tratamentos iguais para situações iguais. É por isso que, por exemplo, no art. 167 do Código Civil, a parte da norma que determina que na simulação subsistirá o ato que foi dissimulado, se for válido na forma e na substância, somente tem aplicação se a simulação for relativa, e não exercerá qualquer influência na declaração de simulação absoluta.

Em suma, fundamental mesmo, para que a norma do art. 129 incida, é haver a prestação de serviços intelectuais, inclusive nas áreas cultural, artística e científica.

Terceira razão: há uma terceira razão para se entender ser possível a aplicação da norma do art. 129 também se o serviço intelectual for prestado por pessoa física, ainda que através de uma empresa individual.

Esta razão é encontrada no método histórico de interpretação do direito, mediante a observação da *occasio legis*.

Geralmente se pensa no método histórico como sendo o conhecimento das exposições de motivos de um projeto ou ato normativo, ou dos debates parlamentares em torno deles¹⁴. Entretanto, não é somente isto que caracteriza esse método, pois com ele também se procura detectar a história da norma por qualquer meio além dos mencionados, e entre eles é de suma importância atentar para a *occasio legis*, eis que, adentrando-se no ambiente social existente ao tempo da feitura da norma, muitas vezes torna-se possível conhecer os motivos que levaram à sua propositura e produção.

Outrossim, também por esse caminho é possível que se venha a conhecer a *ratio legis*, com os verdadeiros conteúdo e sentido da norma promulgada. Portanto, o recurso ao ambiente social na ocasião em que a norma foi gestada também contribui para o uso do método teleológico de hermenêutica jurídica, além de poder trazer à lume a *intentio legislatoris* ou a *voluntas legislatoris*.

Sabe-se que a lei posta no ordenamento sempre adquire vida própria, com autonomia em relação ao legislador, e muitas vezes tem contornos distintos dos que foram desejados por seu autor, caso em que se distingue a *intentio legislatoris*

¹⁴ Às vezes este recurso mostra-se útil, mas outras vezes não oferece qualquer esclarecimento, como se dá, por exemplo, quando há justificações apenas genéricas. Esta última é a situação da emenda que gerou o art. 129.

da *intentio legis*, ou seja, da *mens legis*¹⁵. Esta é determinada pela conjugação de todos os meios de intelecção da norma que possam ser empregados, porque pode ter se distanciado da intenção do legislador, ou do proponente da norma.

Mas o ideal, e o que muitas vezes ocorre (para não dizer na maior parte das vezes), é a vontade do legislador ficar devidamente manifestada na norma colocada no ordenamento, caso em que há identidade entre a *voluntas legislatoris* e a *voluntas legis*, a despeito de que, mesmo assim, a norma se torna independente do seu autor.

Havendo ou não identidade entre a vontade do legislador e a da lei, da exegese correta surge a verdadeira *mens legis*, conhecendo-se o espírito da lei e a vontade nela expressa para reger as relações humanas. Isto é assim mesmo que haja dissenso entre o que pretendeu o legislador e o que a norma passou a determinar, e evidentemente, também quando haja alguma discordância parcial.

Em poucas palavras, para o intérprete é mandatório determinar o espírito da lei, a teleologia da norma, a *ratio juris*, que não é mais apenas a intenção do legislador, mas o próprio propósito da norma jurídica (*intentio legis*), isto é, a sua razão de ser ou de existir, pois, como alguém já disse, a lei se comporta para com a *ratio juris* tanto quanto o meio para o fim.

Pois bem, nessa atividade em busca do sentido da regra jurídica, a consideração, entre outros recursos, da *occasio legis* (do ambiente existente quando da sua propositura e promulgação) é de extrema utilidade, pois é nesse ambiente que se pode encontrar as motivações e os objetivos que conduziram à feitura de norma, já que a norma não nasce divorciada da realidade social, numa espécie de geração espontânea.

Neste sentido, temos, além de outras, duas lições que merecem todo respeito. Uma delas provém do inovável Carlos Maximiliano¹⁶, e a outra do gênio de Francesco Ferrara¹⁷.

¹⁵ Uma vez promulgada, a lei desprende-se do legislador e da sua vontade, para adquirir vida independente e *mens legis* autônoma. É o que ensina, além de outros, Karl Larenz: “[...] uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não poderia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideais de seus autores” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 446).

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 188: “Segundo os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de Direito, com examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto; põem-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a ‘occasio legis’ e a ‘ratio juris’. Conclui o repertório de ensinamentos jurídicos: este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei; de cujo descobrimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela. Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia ao hermeneuta o considerar o fim colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o

No caso do art. 129 da Lei n. 11.196, este elemento é fortíssimo. Com razão tal disposição foi incluída durante a tramitação da Medida Provisória n. 255 em razão de que, na época, grassavam as discussões em torno da possibilidade de tributação no regime fiscal de pessoas jurídicas, e não como pessoas físicas, tendo em vista menores ônus fiscais naquele. É que a economia, resultante da comparação dos tributos devidos numa e noutra situação, era maior do que os encargos decorrentes da manutenção das pessoas jurídicas, incluindo todas as despesas derivadas de obrigações acessórias e as incidências de outros tributos não devidos por pessoas físicas, tais como a CSL e as contribuições de PIS e Cofins.

Eram discussões não apenas teóricas, mas já convertidas em autos de infração e processos deles originados.

E foi por isso que se embutiu na Lei n. 11.196 o dispositivo que veio a ser o art. 129, o que, na aplicação desta terceira razão, permite concluir que não há razão para só aplicar sua norma a sociedades, pessoas jurídicas devidamente organizadas, e não a aplicar a empresas individuais ou simplesmente a pessoas físicas que, tanto quanto aquelas sociedades, pratiquem serviços intelectuais.

A esta conclusão se chega aliando-se as razões que estão sendo expostas, mas é preciso dizer que todas as informações disponíveis levam a se pensar que o proponente da norma pretendia atingir pessoas jurídicas formadas em sociedades de pessoas, a maior parte delas com predominância da importância de um dos sócios para a concretização das suas atividades. Afinal, era em torno dessas sociedades que havia o contencioso tributário.

Portanto, admitindo-se que tenha sido esta a intenção do proponente da norma, manifestou-se clara distinção entre sua intenção e a norma posta no ordenamento, mas um divórcio apenas parcial, pois o objetivo de assegurar o trata-

alcance das mesmas. Não se compreenderia preceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não fora atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos. Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construiriam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical. Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teológico. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi redigida.”

¹⁷ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, p. 141. Para ele, a interpretação deve se desenvolver “num ambiente mais alto e utiliza meios mais finos de indagação, pois remonta ao espírito da disposição, inferindo-o dos fatores racionais que a inspiraram, da gênese histórica que a prende a leis anteriores, da conexão que a enlaça a outras normas e de todo o sistema”.

mento aos contribuintes estruturados em sociedades foi atingido, porém ao lado de algo mais que também acabou constando da norma.

Realmente, subtraindo-se as partes accidentais do dispositivo legal, ele assim se exprime: “Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, [...] se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, [...].”

Vê-se que não há na lei qualquer limitação quanto à pessoa prestadora dos serviços. E não se trata de interpretação somente literal, mas de respeitar o texto que exprime a norma, além de que o resultado obtido é confirmado por outros métodos, como vem sendo demonstrado¹⁸.

Deste modo, querer reduzir a abrangência da norma às sociedades seria fazer distinção onde a lei não faz, possibilidade absolutamente inexistente na hermenêutica jurídica.

Ainda em favor deste entendimento mencione-se as vezes em que se pretendeu introduzir uma nova disposição legal para declarar que o art. 129 seria meramente interpretativo porque, como se alegava, a intenção não teria sido inovar o ordenamento. Isto ocorreu durante a tramitação das Medidas Provisórias n. 413 e n. 436 no Congresso Nacional.

Não entrando em qualquer discussão sobre normas interpretativas¹⁹, o que ora interessa é o fato de que nenhuma dessas proposições foi convertida em lei, de sorte que não se pode atribuir ao art. 129 o caráter que pretendiam lhe dar os autores dessas propostas, em conclusão do que temos que admitir que a alteração legal que delas adviria não se transformou em norma, e que o artigo em questão não é interpretativo, inclusive no sentido de norma interpretativa do art. 106, inciso I, do CTN.

Portanto, houve inovação do direito vigente, e esta somente existiu relativamente ao exercício de atividades intelectuais por pessoas físicas, além da extensão dos efeitos da norma também para fins previdenciários.

Quarta razão: o último fundamento a ser exposto é um curioso novo meio de utilização do método histórico de interpretação do direito. Digo que é um meio curioso porque desenvolve-se dentro do método histórico, no qual é um desdobramento dos aspectos que foram abordados acima, mas, ao mesmo tempo, também é um recurso característico do método sistemático.

¹⁸ Esta não será a única vez em que o legislador quis uma coisa e escreveu outra. Por exemplo, o Decreto-lei n. 1.330 pretendia declaradamente reduzir a alíquota do imposto de renda das empresas de telefonia, mas escreveu que ela se aplicava às de telecomunicações, portanto com um alcance muito maior. A própria jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais reconheceu a ilegalidade da Portaria n. 650/1974, que pretendeu limitar o alcance da norma (a respeito, veja-se os Acórdãos n. CSRF/01-0.027 e n. CSRF/01-0.031).

¹⁹ Abordei as restrições à existência de normas interpretativas, e os requisitos para uma norma ser verdadeiramente interpretativa, em OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A propósito de leis interpretativas, de validade e vigência, de aplicação ao passado e de prazos em curso. *Revista Direito Tributário Atual* v. 18. São Paulo: Dialética e IBDT, 2004, p. 11.

É de conhecimento básico que a exegese jurídica não deve se ater a interpretar um dispositivo legal isolado dos demais da mesma lei ou de leis existentes no ordenamento jurídico, devendo-se apreender a totalidade do ordenamento jurídico. Todavia, também é sistemático o método que compare a norma sob interpretação com outras normas anteriores, daí também se configurando o método histórico, pois confronta-se a norma com outras que lhe foram precedentes, para se verificar as alterações havidas.

Através desse processo é possível conhecer as transformações por que passou o ordenamento em seu todo, até chegar à norma atual, como nos ensinou o grande Alfredo Augusto Becker, ao expor o seu “cânone da totalidade do sistema jurídico”²⁰.

Note-se bem que Becker menciona que as reações do ordenamento, em face de alterações legislativas, ocorrem tanto no plano horizontal, isto é, perante as normas ainda vigentes, como no plano vertical perante normas passadas, o que se explica porque as alterações são sempre inovadoras do ordenamento, ou para revogar ou derrogar normas, ou para passar a impor limites ao alcance de normas que continuem em vigor, como se dá, por exemplo, quando surge uma norma específica a par de uma geral. Outrossim, somente excepcionalmente pode uma nova lei servir apenas para confirmar o mandamento contido em outra, quando se mostre duvidoso.

O Ministro José Carlos Moreira Alves, em conferência de abertura de um dos Simpósios Nacionais de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária também fez afirmação interessante a este respeito, ao mesmo tempo abordando a relação entre a realidade social e a criação do direito e a importância do conhecimento das normas do passado para se compreender as do presente e suas consequências futuras²¹.

²⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 103: “A lei considerada em si mesma, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. Isolada em si mesma, a lei existe apenas como fórmula literal legislativa sem conteúdo jurídico ou como simples fenômeno histórico. A lei não é um pássaro que o legislador solta abrindo as portas do Congresso. A lei tributária não é um falcão real que do punho do Executivo alça voo para ir à caça do ‘fato gerador’. A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial. Estas ações e reações se processam tanto no plano vertical (interpretação histórica) quanto no plano horizontal (interpretação sistemática). Esta fenomenologia da regra jurídica é observada à luz do cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico e que consiste em síntese: extrair a regra jurídica contida na lei, relacionando esta com as demais leis do sistema jurídico vigente (plano horizontal) e sistemas jurídicos antecedentes (plano vertical).”

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Pesquisas tributárias – Nova Série* v. 10. São Paulo: CEU-RT, 2004, p. 24: “Sabem os senhores que geralmente se diz que esses estudos de história do direito são velharias quase sempre inúteis, que pouco apresentam de interesse para o jurista. Entretanto, isso não é verdade. O direito é uma ciência eminentemente

Com razão, nada desmerece ou afasta o método histórico, inclusive porque ele também faz o confronto da nova norma com o ordenamento anterior. Neste aspecto, ou melhor, nesta sua nova faceta, o método histórico não busca o sentido da nova norma pelo que o legislador quis dizer ou pelo que disse, ou porque o disse, mas procura conhecer a alteração que o ordenamento sofreu em decorrência da introdução da novidade, pois esta pode ser o preenchimento de um vazio legislativo ou a substituição de uma regra preexistente. É importante ter em mente que o fenômeno da alteração sempre ocorre, mesmo quando se trate de matéria inteiramente nova, não legislada especificamente, porque a nova norma provoca reações no ordenamento jurídico que antes inexistiam, algumas vezes reduzindo ou excluindo uma outra norma, outras vezes impactando a compreensão de outra norma.

Transportemos esse ensinamento para o art. 129, voltando ao que foi exposto no primeiro segmento deste estudo.

Vimos que em 2005 havia muitas regras jurídicas equiparando pessoas físicas a pessoas jurídicas para efeitos do imposto de renda, cujas regras foram, depois de promulgadas, adotadas pelas legislações de outros tributos.

Entretanto, essas determinações legais abrangiam as pessoas naturais e as empresas individuais em diversas atividades econômicas, inclusive na prestação de serviços, desde que não fossem comerciais, além de outras relacionadas a profissões expressamente previstas.

É evidente, portanto, que as atividades de serviços intelectuais, inclusive de natureza científica, cultural e artística, não estavam abarcadas por essas normas.

Destarte, é inescapável que o art. 129 da Lei n. 11.196 somente veio alterar o ordenamento para nele inserir regra que antes não existia, ao mesmo tempo derrogando a vedação genérica de não equiparação quanto aos serviços não comerciais e a vedação específica aos serviços das profissões expressamente referidas em norma anterior.

histórica e, em consequência, para conhecer o direito de hoje é preciso conhecer o direito do passado, até para prever o futuro. Porque, evidentemente, ao contrário do que ocorre nas ciências naturais, ninguém pode criar em laboratório, artificialmente, fenômenos naturais. Em laboratório, se eu quiser saber se nitroglicerina explode, basta fazer uma experiência em que arrisque a minha vida e a dos demais circunstântes, para que constate isso sem uma grande repercussão social. Poderá ter até uma repercussão exclusivamente individual, de quase suicídio. Mas o que é certo é que, em matéria de direito, ninguém vai, por exemplo, criar um fenômeno social para saber quais são as consequências. Imaginem os senhores desencadear, por exemplo, uma cadeia de crimes de organizações criminosas, devidamente preparadas, para saber quais as consequências sociais disso. Por isso mesmo é que, quando nós precisamos prever o que pode acontecer no futuro, geralmente olhamos para o passado, para ver fenômenos sociais em proporções que podem ser até menores ou até maiores do que as presentes, mas que permitem verificar quais as consequências daí decorrentes para o campo do direito e quais as medidas que se tomaram para isso”.

Por outro lado, a nova norma veio dar maior amplitude à nova hipótese por ela prevista, relativamente ao objeto das equiparações do passado, pois a nova passou a ser aplicável a quaisquer tributos, e também para fins previdenciários.

Este efeito é inequívoco, ainda que a pretensão inicial do autor da emenda que se tornou o art. 129 fosse proteger as pessoas jurídicas que estavam sofrendo autuações fiscais.

Em síntese, no aspecto pessoal, pelo mesmo processo histórico-sistemático, conclui-se que pessoas físicas e empresas individuais realizadoras desses serviços foram alcançadas pela norma. Como dito anteriormente, se não fosse assim, haveria um esvaziamento substancial e injustificado do alcance da norma do art. 129, que teria serventia apenas para confirmar o que já era norma vigente. E, a rigor, não teria conseguido essa confirmação, como se vê pela continuidade do contencioso.

Não se caia no engodo de dizer que o art. 129 não instituiu nova hipótese de equiparação porque não declara expressamente que as pessoas naturais prestadoras de serviços intelectuais são equiparadas a pessoas jurídicas, tal como é dito textualmente em outras normas.

Com efeito, há várias fórmulas vernaculares para se expressar uma mesma afirmação, não cabendo, por excesso de literalismo, exigir uma determinada maneira de falar para se entender a mensagem. Seja como for, no caso presente, a redação do art. 129, inclusive facilitada sua intelecção pela exclusão das partes que lhe são acidentais (veja-se na terceira razão acima), não tem como conduzir a entendimento diferente daquele que defluiria se a lei dissesse que pessoas naturais são equiparadas a pessoas jurídicas.

Para facilidade, repito a redação da regra apenas com suas partes essenciais, porém aqui chamando especial atenção para a expressão “tão somente”: “Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, *a prestação de serviços intelectuais, [...], se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, [...]*”.

Os dizeres da lei, associados aos demais fundamentos ora expostos, são inequívocos no sentido de que a norma abrange qualquer pessoa, física ou jurídica, que preste serviços intelectuais.

Entretanto, ainda sob o aspecto pessoal, a inclusão das pessoas naturais, inclusive quando organizadas em empresas individuais, ocorre sem exclusão das sociedades (pessoas jurídicas) igualmente prestadoras desses mesmos serviços.

Quanto a estas, não dependiam e não dependem de norma de equiparação, por já estarem desde antes reconhecidas como pessoas jurídicas para efeitos fiscais, mas o art. 129 sem dúvida vem em seu auxílio, para lhes confirmar no regime de pessoas jurídicas, se os serviços que prestarem forem de natureza intelectual.

Convém notar que as pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais tiveram reforçada a sua condição de pessoa jurídica para fins fiscais (acrescidos dos previdenciários) na medida em que as próprias pessoas físicas prestadoras

desses serviços passaram a ser tidas como pessoas jurídicas, falecendo qualquer razão em se discutir o tratamento para as verdadeiras pessoas jurídicas.

Dizendo de outro modo, e com mais detalhes, adotando outro escrito anterior de minha autoria, conclui-se que:

- uma sociedade que preste serviços intelectuais a rigor não precisaria de norma de equiparação à pessoa jurídica, porque sociedade já é uma espécie de pessoa jurídica (Código Civil, art. 44, inciso II) e, por isto, já era tratada como tal para efeitos tributários federais;
- uma pessoa natural que preste serviços intelectuais precisa de norma de equiparação, porque sua natureza, inclusive jurídica, não é de pessoa jurídica, mas passou a ter equiparação pela norma contida no art. 129 da Lei n. 11.196;
- também uma empresa individual, que por sua natureza jurídica não é pessoa jurídica (art. 44 do Código Civil), precisa de norma de equiparação, que é a mesma do art. 129;
- não obstante, para as sociedades que prestem serviços intelectuais, embora não precisem de norma de equiparação, porque já são pessoas jurídicas, o art. 129 exerce o papel de confirmar seu tratamento como pessoa jurídica para fins fiscais e previdenciários, e neste caso a norma é útil em virtude dos litígios fiscais existentes, ainda que não os tenha finalizado;
- o que não cabe é reduzir o alcance da norma do art. 129 a sociedades, com exclusão de pessoas naturais, ou reduzi-lo apenas a estas, com exclusão daquelas;
- outrossim, para as pessoas naturais que prestem serviços intelectuais, inclusive sob a estrutura de uma empresa individual, a norma de equiparação do art. 129 estabelece a ficção de que são pessoas jurídicas para fins fiscais e previdenciários;
- nos casos em que se aplica o art. 129, somente resta enquadrar a atividade entre as que constam da hipótese de incidência do art. 129, para que haja a proteção desse dispositivo legal;
- portanto, o cerne da norma, a parte essencial e fundamental da sua hipótese de incidência no seu aspecto material, reside na prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural.

3. Aspecto material da hipótese de incidência da norma do art. 129, com algumas considerações adicionais sobre o aspecto pessoal e sobre a parte dispositiva da norma

Com base em tudo quanto foi dito nos segmentos precedentes, pode-se resumir o sentido e o alcance da norma do art. 129 da Lei n. 11.196 dizendo o quanto segue.

São sujeitas ao regime de tributação de pessoas jurídicas as situações em que, sem o acréscimo de qualquer outro requisito ou condição não constante do art. 129, e com atenção ao conteúdo substancial da sua hipótese de incidência:

- haja prestação de serviços intelectuais, entre os quais os de natureza científica, artística ou cultural, em cuja regra a intelectualidade dos serviços é gênero, e as naturezas científica, artística ou cultural são espécies nomeadas exemplificativamente, e não exaustivamente;
- os serviços intelectuais podem ser prestados em caráter personalíssimo ou não, significando que não é afastada a incidência da norma se a contratação for feita para prestação especificamente por uma determinada pessoa, que tenha sido designada em contrato ou que, mesmo sem obrigação contratual, tenha sido escalada para a prática do serviço; mas também não se afasta a norma se não houver designação específica;
- os serviços intelectuais podem ser contratados ou prestados com ou sem designação de obrigações atribuídas a sócios ou empregados da sociedade, o que, por um lado, é um prolongamento da disposição relacionada a possíveis serviços personalíssimos, e, por outro lado, corrobora que a norma também se aplica quando a prestadora de serviços for uma sociedade (Código Civil, art. 981);
- os serviços intelectuais podem ser prestados por pessoas naturais, inclusive se estruturarem suas atividades numa empresa individual.

A contrário senso, quanto ao aspecto material, os serviços não intelectuais não são subsumidos à norma em comento, o que significa o seguinte: a norma não tem aplicação em toda e qualquer situação não abrangida pela parte essencial da sua hipótese de incidência, e isto invalida o entendimento de que ela teria uma amplitude capaz de abranger hipóteses de serviços não intelectuais, quer dizer, ela não tem o alcance amplo que muitas vezes se pretende, e que inclusive pode ter sido a intenção de quem a arquitetou.

Esta constatação nos obriga a um esforço de compreensão do sentido da expressão indeterminada empregada pela lei, “serviços intelectuais”, que constituem o cerne da hipótese de incidência da norma no seu aspecto material. Em outras palavras, atentando para a definição de fato gerador da obrigação tributária principal constante do art. 114 do CTN, a situação necessária e suficiente à sua ocorrência é haver prestação de serviços intelectuais.

Este desafio, de definir a expressão indeterminada, claramente nos impele, de pronto, a pensar se todas as atividades esportivas estão alcançadas pela norma, pois sabemos que muitos processos levados a julgamento tinham atletas profissionais como sujeitos passivos dos respectivos autos de infração. Ou técnicos de modalidades esportivas.

Então, a indagação é se atividade esportiva é atividade de natureza intelectual, assim como se o é qualquer outra atividade, e a resposta deve ser dada veri-

ficando-se de início o sentido gramatical das palavras, principalmente da palavra “intelectual”, e o sentido pelo qual elas foram empregadas no contexto legislativo, isto é, na finalidade para a qual a regra existe e em confrontação com outras normas do ordenamento, estendendo-se agora o que antes foi exposto quanto ao aspecto pessoal da hipótese de incidência.

“Intelectual”, além de ser substantivo relativo à pessoa que usa seu intelecto, tem outros sentidos. É apropriado afirmar que a palavra identifica uma pessoa quando ela se dedique às, ou tenha interesse pelas, coisas da cultura, da literatura, das artes etc. Isto segundo Houaiss, que acrescenta ser intelectual a pessoa que domina um campo de conhecimento intelectual ou que tem muita cultura geral, correlacionando ainda o intelectual com o erudito, o pensador, o sábio.

Outrossim, “intelectual” também é adjetivo relativo ao intelecto, ao mental ou ao espiritual, bem como é relativo ao exercício do intelecto ou da atividade que o requeira, ou em que o raciocínio ou a inteligência desempenhe papel preponderante, cerebral, racional. No art. 129, intelectual é adjetivo pertinente ao substantivo serviço.

Houaiss ainda acrescenta no verbete “intelectual”: aquele que vive preponderantemente do intelecto, dedicando-se a atividades que requerem um emprego intelectual considerável.

“Intelecto”, por sua vez, corresponde à faculdade de compreender, à inteligência, a entendimento, à mente; é a atividade ou faculdade pensante, inerente à condição humana, capaz de conferir sentido, limites, ordem e medida à realidade universal.

A todo rigor, toda atividade humana é conduzida pela inteligência característica da espécie humana, a qual atua mesmo nas atividades que envolvem o emprego de esforços ou habilidades físicas. Afinal, em qualquer trabalho intelectual também há emprego de energias corporais e cansaço físico após algum tempo. Assim é inegável que o cirurgião exerce atividade cerebral, mas também precisa ter habilidades motoras e firmeza dos seus membros físicos.

Daí a intelectualidade requerida para que a atividade seja intelectual dever ser a dominante, a caracterizadora da ação humana. É dizer, há um grau relativo na intelectualidade, isto é, a contribuição do trabalho mental deve predominar em relação à contribuição de outros recursos disponíveis para a pessoa, sejam seus recursos pessoais ou recursos materiais que possa ou deva empregar. Voltando ao exemplo do cirurgião, ele utiliza bisturis, pinças e equipamentos mais sofisticados, os quais, entretanto, são manejados por suas mãos e estas são conduzidas por sua mente.

A própria lei civil nos demonstra a validade deste método de graduação. De fato, para ela não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Esta

ressalva final, constante do parágrafo único do art. 966, é importante porque o empresário também emprega seus dotes intelectuais e seus conhecimentos técnicos para gerir a empresa, porém ele conserva sua condição de empresário porque sua intelectualidade é apenas elemento empregado na sua atividade dentro da empresa, juntamente com outros fatores de produção que caracterizam uma empresa, e seu emprego não corresponde ao objeto do empreendimento (*o core business*), cujo objeto não se confunde com os exercícios intelectuais desenvolvidos pelo empresário na administração da empresa.

Vê-se, pois, que o termo “intelectual”, empregado pelo legislador da Lei n. 11.196, o foi em seu sentido comum, apreendido e utilizado pelo homem minimamente instruído na língua, embora também esteja emparelhado com a terminologia adotada em outras normas legais às quais voltaremos a seguir. Isto é importante porque o mandamento da Lei Complementar n. 95, de 1998, relativa à feitura das leis e outros atos normativos, determina que suas disposições sejam redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, para o que, com vistas à obtenção de clareza, determina que sejam usadas as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando (art. 11, inciso I, letra *a*). E essa exigência de técnica legislativa passou a ser norma jurídica apenas muito depois que sua determinação já era considerada, pela doutrina e pela jurisprudência, como critério para a interpretação do direito.

Doutra feita, tal compreensão das palavras amolda-se ao ordenamento jurídico precedente à Lei n. 11.196, pois vimos que:

- o parágrafo único do art. 966 do Código Civil excluía (e continua a excluir) da condição de empresário quem exercesse profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ou seja, a mesma redação empregada pelo art. 129²², de modo a demonstrar que alguém não empresário para efeitos do direito privado também deveria passar a ser tratado como pessoa jurídica para os fins da norma desse artigo;
- paralelamente, segundo as regras de equiparação de pessoas naturais a pessoas jurídicas para efeitos do imposto de renda, eram excluídas da equiparação as atividades de várias profissões expressamente previstas na lei, todas com inequívoco caráter intelectual (advogados, médicos, engenheiros etc.), de modo a demonstrar que também deveriam passar ser tratadas como pessoas jurídicas pelo art. 129;

²² Na realidade, o art. 129 alude à natureza científica, artística ou cultural, e o Código Civil à natureza científica, literária ou artística, ou seja, há o emprego de palavras parcialmente diferentes, porque a menção à “cultural” no art. 129 não existe no parágrafo único do art. 966, em que há menção à “literária”, não encontrada naquele. Não obstante, é possível considerar que os conjuntos literais das duas disposições são equivalentes porque uma obra literária é uma obra cultural, além de que há muitas manifestações culturais que não são literárias, bem como porque obras literárias também podem ser científicas ou artísticas, e todas são intelectuais, que é o gênero relevante.

– igualmente, segundo as regras fiscais de exclusão da equiparação, havendo permissão genérica para equiparação das atividades de prestação de serviços, uma regra específica a vedava na hipótese de profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais, atingindo inequivocavelmente as atividades intelectuais, daí também sendo claro que, a partir da Lei n. 11.196, passaram estas a poder caracterizar o prestador individual como pessoa jurídica.

Nesta toada, creio que o conhecimento de que certas atividades nitidamente intelectuais, antes afastadas das regras de equiparação, passaram agora a ser equiparadas, fornece uma medida para se entender o grau de intelectualidade capaz de inserir esta ou aquela atividade na hipótese de incidência da norma do art. 129.

De fato, veja-se que as profissões listadas nominalmente no ordenamento anterior à Lei n. 11.196 eram as de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas, constatando-se, portanto, sua aproximação com o art. 129, que menciona, como exemplos de atividades intelectuais, as de natureza científica, artística ou cultural, cujo elenco seguramente abarca todas as profissões mencionadas antes, ou a elas equiparadas.

Deste modo, temos pistas na lei sobre que atividades devem ser consideradas intelectuais.

Certamente cada caso concreto precisa ser analisado com atenta consideração de todas as circunstâncias que o cercam, mas sua subsunção à regra do art. 129 requer o emprego de critério interpretativo o mais objetivo possível, para o qual as considerações acima são uma contribuição.

Outrossim, na apreciação de cada caso não se deve incorrer no erro de partir do pressuposto de que toda situação envolve uma possível fraude ou abuso do contribuinte que se tenha qualificado como pessoa jurídica. Ainda que este tenha sido o centro de muitos processos, não se pode generalizá-lo.

De fato, a qualificação como pessoa jurídica é de natureza legal, no sentido de que o exercício das atividades intelectuais deve ser tratado no regime fiscal e previdenciário de pessoa jurídica, tanto quanto o indivíduo que pratique determinadas atividades imobiliárias é equiparado à pessoa jurídica para fins do imposto de renda, quer ele queira ou não.

Com razão, a norma do art. 129 não estabeleceu um critério opcional para o contribuinte escolher, do mesmo modo que as demais regras legais de equiparação de pessoas físicas às jurídicas não são opcionais. No caso do art. 129, seus dizeres já contribuem para esta afirmação²³, pois determinam que a prestação de

²³ Reitero que a interpretação literal é insuficiente, sendo apenas a porta de ingresso no processo de compreensão da norma, e por este motivo mencionei que a redação “contribui” para a conclu-

serviços intelectuais “se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas”, sem abrir uma alternativa a ser possivelmente escolhida, nem requerendo, tal como quando há mais de um tratamento possível, alguma manifestação do contribuinte quanto à sua escolha.

Mesmo não nos atendo à literalidade, dado que esta conclusão decorre da inexistência de uma verbalização indicativa de outra alternativa possível, inclusive de algum requisito para seu exercício, sua índole mandatória exsurge da ênfase da expressão “tão somente”.

É inegável que muitos profissionais migraram da condição fiscal de pessoas físicas para a de pessoas jurídicas abrindo novas sociedades, e o fizeram porque escolheram e pelo interesse de reduzir o montante dos seus tributos, mas o fizeram no exercício da liberdade de organizar suas atividades e adotando tratamento previsto em norma legal. Ora, nada há nessa situação que a identifique com fraude ou abuso, ou qualquer outra ilegalidade, e a rigor o tratamento é diretamente decorrente da norma, e não de uma escolha da pessoa.

Portanto, falsidades que existam podem estar em outras circunstâncias que venham a ser comprovadas, e não no regime pelo qual tais contribuintes tenham cumprido suas obrigações tributárias, ou na escolha que tiverem adotado.

4. Conclusão, alinhada com o pensamento do STF

Num trabalho teórico ou acadêmico, seu autor tem liberdade para (deve) exprimir seu pensamento. É o que foi feito acima, mas ele também pode referir-se a posicionamentos contrários ao seu.

No caso deste artigo, a abordagem do tema não ficaria completa se não mencionasse que o STF julgou o assunto ao declarar a constitucionalidade do art. 129 na ADC n. 66/DF (Ministra Cármem Lúcia, 21.12.2020), e antes no RE n. 958.252-MG (Ministro Luiz Fux, 30.08.2018, Tema n. 725) e na ADPF n. 324/DF (Ministro Roberto Barroso, 30.08.2018).

E, com cuidadosa análise desses julgados, verifica-se que algumas colocações neles feitas não se compatibilizam inteiramente com o que foi dito e concluído nos presentes comentários, a despeito de que não haja colidência expressa, inclusive porque a corte limitou-se a declarar a constitucionalidade da norma, como se vê na tese por ela estabelecida em caráter vinculante através do Tema n. 725, que reza apenas: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Entretanto, não se pode ignorar os pressupostos (fundamentos determinantes) sob os quais a matéria foi julgada e os raciocínios desenvolvidos para a con-

são. Não obstante, a consideração desta norma na sistemática do direito vigente também afirma a conclusão, porque as demais hipóteses legais de equiparação são mandatórias, e não optativas.

clusão a que chegou o tribunal. Observando-se esses elementos, constata-se que talvez o tribunal pudesse ter emitido entendimento mais próximo de tudo quanto foi dito aqui, se tivesse julgado cada ponto específico. Também se constata que a corte partiu do pressuposto de que o art. 129 aplica-se a pessoas jurídicas, tanto que o Tema n. 725 menciona divisão de trabalho entre pessoas jurídicas distintas.

De fato, concentrando nossa atenção na ADC n. 66/DF, vale destacar inicialmente que a relatora, Ministra Cármén Lúcia, começou a análise do mérito esclarecendo que “a controvérsia que permeia a presente ação é determinada pela incerteza gerada por prestadores de serviços intelectuais e para os tomadores desses serviços sobre eventual desconsideração de sua relação jurídica pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário que, a pretexto de coibir fraudes e simulação em favor da primazia da realidade, possa a eles impor regramento previdenciário e fiscal mais gravoso que aquele destinado às pessoas jurídicas ou, ainda, reconhecer a formação de vínculo empregatício entre a pessoa física do prestador e a tomadora dos serviços”.

O pressuposto de que o art. 129 regeria apenas relações entre pessoas jurídicas, uma contratante e outra contratada, pode ser notado em outros pontos do acórdão.

Todavia, é indeclinável que o tribunal entendeu não haver obrigação para a pessoa natural ser tratada como pessoa física quando realiza trabalhos intelectuais, isto é, ser impedida de ser tratada como pessoa jurídica. Ao contrário, a corte assentou-se na liberdade constitucional de organização, igualmente ao que sufragou em outros julgados²⁴.

Neste sentido, mais adiante, a Ministra Cármén Lúcia afirmou que “a norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inc. IV do art. 1º da Constituição da República, pelo qual estabeleceu a liberdade de iniciativa situando-a como fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República. [...] Sob essa mesma perspectiva de densificação da liberdade de organização da atividade econômica empresarial, dotando-a da flexibilidade e da adequação atualmente exigidas, e da necessária compatibilização com os valores sociais do trabalho, há de se concluir que a norma objeto desta ação não apresenta vício de inconstitucionalidade. Compatibiliza-se a norma com a normatividade constitucional que abriga a liberdade de iniciativa como fundamento da República. Tanto não induz, entretanto, a que a opção pela contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços

²⁴ Veja-se, principalmente, STF, Pleno, ADI n. 2.446/SP, julgado em 11.04.2022, Min. Cármén Lúcia.

intelectuais descrita no art. 129 da Lei n. 11.196/2005 não se sujeite à avaliação de legalidade e regularidade pela Administração ou pelo Poder Judiciário quando acionado, por inexistirem no ordenamento constitucional garantias ou direitos absolutos. [...] Eventual conduta de maquiagem de contrato – como ocorre em qualquer caso – não possa ser objeto de questionamento judicial. Entretanto, a regra jurídica válida do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais”.

Portanto, subtrai-se dessas e de outras passagens do acórdão a conclusão de que a norma oferece a opção de constituição de pessoa jurídica, válida se não houver a maquiagem de contrato. Não ficou claro se a maquiagem seria do contrato social do prestador do serviço ou do contrato entre ele e seu contratante, nem como ela pode haver numa situação possivelmente submetida ao art. 129.

De qualquer modo, sendo opção livre, não há comando imperativo.

Além disso, mas coerentemente, na inteireza do acórdão constata-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de que o art. 129 seria referente à terceirização de trabalhos para pessoas jurídicas, e que isto seria uma opção do contribuinte, e não um regime predeterminado.

Neste sentido destaca-se, da passagem acima do voto da relatora, os trechos que aludem a “eventuais repercussões secundárias, a determinar os termos e efeitos de relação jurídica estabelecida entre a tomadora do serviço e a pessoa que desenvolve as atividades”, bem como sua referência explícita à “opção pela contratação de pessoa jurídica”.

Ainda nas palavras da Ministra Cármem Lúcia: “As recentes mudanças nas relações de trabalho, decorrentes da flexibilização das normas trabalhistas fez surgir o que os doutrinadores e operadores do direito denominam de ‘fenômeno da pejotização’ como uma nova modalidade de contratação pela qual o empregador exige a constituição de pessoa jurídica pelo empregado a fim de descaracterizar a relação de emprego e, por conseguinte, afastar a aplicação da legislação trabalhista”.

Ou seja, na mente da relatora, o art. 129 trata da constituição de uma pessoa jurídica, pois era isto que estava sendo julgado, e há liberdade para que isto ocorra.

O mesmo se pode extrair do voto do Ministro Dias Toffoli, ao mencionar as informações prestadas pelo Presidente do Senado Federal, de que a norma representou “um marco inicial de incentivos fiscais para as pessoas prestadoras”, de cuja noção de incentivo também se pode extrair ser incompatível com a imposição do regime. E mais, deu peso à menção ao art. 50 da lei civil: “Vide, ademais, que o art. 129 da Lei n. 11.196/05, em sua parte final, prevê a observância do art. 50 do Código Civil, o qual autoriza o Poder Judiciário a desconsiderar a persona-

lidade jurídica em caso de abuso caracterizado, por exemplo, pelo desvio de finalidade. Verifico que o dispositivo ora impugnado está em harmonia com as advertências lançadas no julgamento do Tema 725, no sentido de que os abusos podem ser coibidos pelo Poder Judiciário”.

Na mesma senda, o Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, consignou: “A questão debatida nos presentes resume-se à validade de constituição de pessoa jurídica por ex-empregados, como condição para a prestação de serviços voltados à atividade fim de seu ex-empregador”, tendo também mencionado: “Compete ao Supremo perquirir a higidez constitucional da submissão de pessoas jurídicas prestadoras de serviço intelectual, [...]”.

Também em seu voto vencido, a Ministra Rosa Weber posicionou-se contrariamente à “constitucionalidade da predeterminação da natureza da relação jurídica da prestação de serviços pelo texto da norma impugnada, de forma desvinculada dos elementos da realidade social, dos dados reais do caso concreto e, a partir dessa formatação apriorística, estabelecer a regência normativa para fins fiscais e previdenciários”.

Portanto, a percepção mais visível e marcante, obtida com o estudo do acórdão, é de que, no entendimento exarado na ADPF n. 66/DF, a norma não é impeditiva, mas abre uma possibilidade a ser adotada voluntariamente pela pessoa física, o que está coerente com o fundamento central para a norma ter sido declarada constitucional, que é haver liberdade constitucional de organização, sem a imposição de regime tributário ao contribuinte.

Sendo isto incontrastável, também é inquestionável, em virtude do seu próprio substrato – liberdade de organização –, que a decisão do STF não exclui a possibilidade de, para prestação de serviços intelectuais, a pessoa física conservar esta condição para fins tributários e previdenciários. Realmente, se há a faculdade de se organizar como pessoa jurídica e assim ser considerada para efeitos fiscais e previdenciários, e se essa faculdade decorre da liberdade constitucional de organização, também não pode haver impedimento ao não exercício da faculdade e à continuidade da prestação da atividade como pessoa física.

Sendo assim, não se tem como, no entendimento do STF, impedir a pessoa, por sua livre opção pessoal, de escolher se equiparar à pessoa jurídica para fins fiscais e previdenciários, ou de adotar a estrutura de empresa individual ou de se organizar em sociedade, e em qualquer destes casos ser tratada como pessoa jurídica para aqueles efeitos.

Obviamente, que esta conclusão contradiz a visão que expus no sentido de que o art. 129 estabeleceu uma obrigatoriedade equiparação de pessoa natural à pessoa jurídica, isto é, que essa equiparação, quando devida, não é uma faculdade, mas uma determinação legal, como se dá com as outras hipóteses de equiparação.

Isto apesar de que o Supremo Tribunal aparentemente considerou que a “pejotização” somente ocorreria quando uma pessoa física constituir uma pessoa

jurídica, e não chegou a cogitar de que a norma do art. 129 também é aplicável sem a formação de uma pessoa jurídica, eis que pode ser uma norma de equiparação de pessoa natural à pessoa jurídica nas situações a ela submetidas, portanto, correspondendo, assim como se dá nas demais hipóteses legais de equiparação, a uma característica espécie de ficção jurídica para fins exclusivamente tributários e previdenciários, pois a pessoa de carne e osso não é vista assim pela legislação tributária. Nem foi mencionado que a ficção da ocorrência de fato gerador contraria o Sistema Tributário Nacional, mas não há impedimento de uma ficção para estabelecer o regime tributário pertinente a fato gerador efetivamente ocorrido.

Seja como for, embora não tenha se ocupado de equiparação porque teve em mente uma pessoa jurídica prestadora de serviços intelectuais, a conclusão haurida da fundamentação do acórdão da Suprema Corte é de que a interpretação da norma do art. 129 em conformidade com a Constituição deixa ao contribuinte a liberdade para se estruturar como pessoa jurídica, mas sem ficar afastada a possibilidade de, mesmo não “abrindo” uma sociedade, equiparar-se à pessoa jurídica para fins fiscais e previdenciários, em qualquer caso sem a imposição mandatária de um regime ou outro regime.

Com razão, se há liberdade de organização, ela pode ser exercida, para fins fiscais e previdenciários, como pessoa jurídica ou como pessoa física. Se não for assim, necessariamente estará excluída uma dessas alternativas, e não existirá verdadeiramente a propalada liberdade.

Contrariamente, pode-se supor que o entendimento do tribunal tenha sido de que, caso exercida livremente a opção, para fins fiscais e previdenciários, de organizar uma pessoa jurídica, o fisco não pode se opor a ela, e esta seria a única conclusão do julgado. Todavia, se esta fosse a única conclusão possível, e não fosse acompanhada da possibilidade de a pessoa física receber o mesmo tratamento para fins fiscais e previdenciários adotando a liberdade de não se estruturar como pessoa jurídica, deixaria de existir a proclamada liberdade de organização. Todavia, se for admitida a alternativa, a consequência é de que o tratamento como pessoa jurídica advirá da ficção legal de que a pessoa natural deve ser considerada pessoa jurídica para esses fins, porém, também isto por livre opção.

Em suma, o fundamento de validade constitucional do art. 129 exige que este não seja entendido como impositivo, e que quando a pessoa física exercer atividade intelectual sem a existência de uma pessoa jurídica, para fins fiscais e previdenciários ela será tratada como pessoa jurídica, sem que haja, todavia, em atendimento ao direito constitucional, impedimento de continuar a ser tratada como pessoa física para os mesmos fins.

5. Conclusão, e suas surpresas

Em síntese, em virtude de que o pensamento do STF reflete uma garantia constitucional, é preciso que a conclusão da interpretação do art. 129 fique ali-

nhada com ele, ainda que não corresponda inteiramente ao entendimento do autor da emenda que criou esse dispositivo legal, nem ao pensamento do autor destes comentários.

Esta conclusão, como exposto no segmento anterior, é no sentido de que não existe uma equiparação obrigatória das pessoas naturais a pessoas jurídicas, ante a magnitude do fundamento constitucional da liberdade de organização.

Não obstante, a conclusão não afasta o entendimento de que a norma do art. 129 também estabelece uma ficção de pessoa jurídica, equiparando pessoas naturais às jurídicas, quando se trate da prestação de trabalhos intelectuais. Este entendimento não contradiz o pensamento do STF, inclusive porque não adentrou nesta particular questão.

Dito isto, o que se detecta é a existência de algumas surpresas.

A primeira delas é a consequência que emerge da conclusão de que, constitucionalmente, é necessário resguardar a liberdade de organização das atividades econômicas. Não há surpresa no conhecimento dessa liberdade, inclusive porque já foi proclamada em outras oportunidades pelo mesmo tribunal, mas há surpresa na consequência dela derivada.

Com razão, havendo esta premissa, emerge uma consequência não pensada pelo legislador nem pelo julgador: é possível que todas as demais hipóteses legais de equiparação de pessoa física à jurídica para fins tributários estejam sob o risco de serem consideradas inconstitucionais pelo mesmo fundamento que julgou constitucional o art. 129, já que nenhuma daquelas hipóteses tem caráter opcional. Ou que se tenha que interpretar também as demais normas em conformidade com a Constituição.

Mas esta é uma nova questão, a ser abordada em outra oportunidade.

A segunda surpresa está no descobrimento de que a norma acabou por alcançar um aspecto do espectro fático mais amplo do que foi pensado quando ela foi proposta sob a forma de emenda à Medida Provisória n. 255, já que os pensamentos estavam voltados para garantir o tratamento tributário e previdenciário, como pessoas jurídicas, às sociedades criadas por indivíduos para prestação de serviços intelectuais.

Ora, esta garantia passou a existir, mesmo sem ter encerrado as contendas, além de que passou a existir ao lado de outra, possivelmente não pensada, qual seja, a de dever ser aplicado o mesmo tratamento independentemente de as pessoas físicas constituírem uma pessoa jurídica.

Ao longo dos segmentos anteriores foram abordadas as noções de intenção do legislador e intenção da lei, ou *mens legis*, e as possíveis dissintonias entre elas, caso em que prevalece a lei posta, e não o que seu autor pretendeu. Foi, inclusive, mencionado o exemplo do Decreto-lei n. 1.330, um caso paradigmático no qual o legislador se surpreendeu com o resultado da norma que criou, e constatou que disse mais do que queria.

Quando isto ocorre, a solução requer uma nova alteração legislativa, sem possibilidade de, na interpretação e através dela, se construir uma norma que inexiste no direito positivo, mesmo por deferência ao legislador. E construir uma norma inexistente pode ser também quando se adiciona ou diminui algo ao que existe na lei.

A este propósito, lembro que o Ministro Moreira Alves, em outra conferência proferida no Centro de Extensão Tributária, confessou a surpresa que teve quando, já no Supremo Tribunal, teve que relatar um recurso em torno de uma norma cujo projeto fora redigido por ele na época em que foi Advogado-Geral da União, e fora convertido em lei sem qualquer modificação. Mencionou o ministro que, ao ler o recurso, teve a primeira reação de considerar que o advogado estava fora da realidade, pois na “sua norma” não constava o que estava sendo pedido, mas fincou reconhecendo que ela realmente podia ser entendida por um modo que ele não imaginara quando redigira o texto do projeto.

É o caso do art. 129, sobre o tal tudo leva a crer que abrange fatos não pensados quando foi editado, ou pensados diferentemente.

Há situações de imperfeições legislativas que podem ser corrigidas pelo intérprete, sem que este se torne legislador de uma nova norma. Quanto ao art. 129, poderia ser tentado manter o intuito suposto do legislador, restringindo a aplicação da norma aos serviços intelectuais prestados através de sociedades, e não por pessoas físicas.

Entretanto, há limites para o exegeta e o aplicador da lei, mesmo a pretexto de sanar alguma imperfeição redacional, pois nem o Supremo Tribunal Federal pode fazê-lo, consoante manifestou seu Plenário ao julgar o Recurso Extraordinário n. 209.843-4/SP, em 10 de novembro de 2004 (Ministro Eros Grau), quando afirmou que mesmo “a razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir a lei”.

Bem nesta linha também se apresenta o Recurso Extraordinário n. 166.772-9/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal – Pleno – em 12 de maio de 1994 (no mesmo sentido há outros acórdãos, como o Recurso Extraordinário n. 153.777-9/MG, julgado em 30 de junho de 1994 pela 2ª Turma), no qual foi afirmado pelo relator, Ministro Marco Aurélio: “Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional em vigor. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descebe ‘inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida’ – Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito”. Acrescentou o acórdão: “Atente-se para a advertência de Carlos Maximiliano, isto ao dosar-se a carga construtiva, cuja existência, em toda interpretação, não pode ser negada: ‘Cumpre evitar não só o demasiado apego à letra dos dispositi-

vos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos ‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’ – Editora Globo, Porto Alegre – segunda edição, 1933 – página 118”.

Ainda a este propósito, disse Marco Aurélio Greco: “Em outras palavras, as considerações até aqui feitas levam à conclusão de que o intérprete tem papel positivo na construção do significado da lei (não é mero espectador), sua função é mais ampla. Mas, este papel positivo e o poder de que está investido não é absoluto e ilimitado, pois, se o fosse, cairíamos num subjetivismo puro, incompatível com o mínimo de previsibilidade das consequências legais, desnaturando a lei que deixaria de ser uma pauta de conduta, para ser um simples pretexto para a tomada de certa decisão e imposição de certo significado”²⁵.

Em síntese, a percepção doutrinária e jurisprudencial de que a interpretação contém uma carga construtiva significa haver a construção de uma interpretação que melhor adeque a norma ao caso concreto, e nunca para admitir que o intérprete possa criar uma lei ou chegar à conclusão absolutamente incompatível com o texto legal, porque erros e enganos requerem nova lei para sua correção.

É o que preconizou Humberto Ávila em conferência reproduzida na *Revista de Direito Tributário* n. 98, p. 74, quando condenou a interpretação destinada a combater o que ele denominou de “anacronismo legislativo”, tendo sido categórico: “Em vez de trilhar esse caminho, nós podemos, de outro lado, evoluir nos conceitos, não pela interpretação, mas pela modificação legislativa”.

É certo que durante a interpretação se pode reconhecer a existência de impropriedades terminológicas na lei, e que, quando isto ocorre e as impropriedades levem a resultado incongruente, “deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentido geral e o bem presente e futuro da comunidade”. É esta a recomendação de Maximiliano, quando trata do processo sistemático de interpretação, e que alerta no sentido de que “a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida”²⁶.

Porém, isto se diferencia nitidamente da situação em que o legislador não deixou simplesmente de usar uma expressão apropriada, ou em que emitiu conceito mais abrangente do que seria supostamente o seu desejo. Uma situação como esta é encontrada no art. 129, no qual não há palavras impróprias e há apenas um possível alcance mais amplo do que o imaginado, e onde inclusive

²⁵ GRECO, Marco Aurélio. Cofins na venda de imóveis. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 51. São Paulo: 1999, p. 125.

²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 163.

ocorreu inovação no ordenamento. Portanto, não cabe ao intérprete “salvar a intenção do legislador” contrariando a lei, diferentemente do que se dá quando, sendo possível sanar imperfeições, através disso não se salva apenas o legislador, mas a própria lei.

Neste caso, é ainda Carlos Maximiliano quem preconiza: “Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas”²⁷.

Em suma, a construção exegética dentro dos seus limites opera para a cognição do sentido da norma, podendo até corrigir imperfeições evidentes do texto, descobrindo o sentido deste (o espírito da norma) não apenas pela aparência das palavras, mas pelo que elas significam tecnicamente ou na linguagem comum, e de modo adequado à compreensão da norma em seus dois componentes.

Ocorre, contudo, que não seria adequado diminuir o alcance do art. 129.

É verdade que há casos em que também se pode aceitar uma interpretação extensiva, e outros em que cabe uma redução do alcance do dispositivo legal, tal como está redigido, mas não é que se encontra no art. 129.

A interpretação extensiva é vedada, por exemplo, quanto às normas referidas no art. 111 do CTN, podendo-se, a contrário senso, supor ser possível quando não houver vedação expressa.

Porém, sem ir a fundo na questão, não é extensiva a interpretação quando simplesmente aplica todos os dizeres da lei a todos os fatos que correspondam a eles, sem adicionar algum fato que não esteja abrangido por esses mesmos dizeres. Quando esta é a situação, não há extensão do alcance da regra, mas pura e simples aplicação do que ela diz ao fato correspondente à hipótese que ela traça.

Doutro lado, a interpretação redutiva se torna possível quando a letra da lei acarrete a possibilidade de abranger situações fáticas incompatíveis com a teleologia imanente da norma, segundo a doutrina de Karl Larenz²⁸.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 296.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. BRITO, José de Sousa e, VELOSO, José António (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 427 e seg.: “Existe uma ‘lacuna oculta’ quando, segundo a teleologia imanente da lei, a regra legal carece de uma restrição que a lei não formula. A ‘integração’ da lacuna faz-se então pelo aditamento da restrição postulada, de harmonia com o sentido da lei. Como, por este processo, a regra demasiado ampla que a lei contém é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe cabe segundo o fim ou o contexto significativo da lei, falamos a este propósito de uma ‘redução teleológica’. Esta está para a ‘interpretação restritiva’ como a analogia singular para a ‘interpretação extensiva’. Ambas são, simplesmente, a continuação da interpretação para além da fronteira desta – o significado literal possível; e em ambas essas fronteiras é ‘fluida’. A jurisprudência gosta de designar este procedimento por ‘interpretação restritiva’, mas trata-se, na verdade, de uma ‘redução teleológica’. Se a justificação da analogia

Entretanto, nenhum desses recursos interpretativos é cabível relativamente ao art. 129 porque, para o entendimento de que sua hipótese de incidência também se aplica a pessoas naturais, não há necessidade de extensão da norma tal como está redigida, ou redução do seu alcance, mesmo para que sua teleologia seja respeitada.

Ao contrário, a exclusão das pessoas naturais dependeria de redução do alcance da hipótese de incidência descrita na lei, mas não haveria suporte teleológico para empregar esse recurso, uma vez que não é incongruente com a teleologia da norma concluir que ela também se aplica a pessoas naturais. Com razão, aplicar o art. 129 aos serviços intelectuais que não sejam prestados através de sociedade não é contrariar seu objetivo, mas perceber que também está abrigado por ele.

Face a tudo pode-se afirmar, e em *conclusão*, que tanto as pessoas jurídicas quanto as pessoas físicas que prestem serviços intelectuais subsumem-se, sem qualquer esforço para mais ou para menos, na norma que assim se manifesta: “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, [...], se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, [...]”.

Se o objetivo da norma é assegurar a liberdade de se organizar para ter tratamento fiscal e previdenciário de pessoa jurídica na prestação de serviços intelectuais, e se este objetivo pode ser alcançado por uma pessoa natural que livremente decida constituir uma pessoa jurídica de acordo com o direito privado, não há qualquer razão válida para negar o mesmo tratamento se a mesma pessoa preferir optar por realizar o mesmo serviço sem constituir uma pessoa jurídica. De fato, exigir esta providência para aceitar a aplicação da norma seria injustificado formalismo, ademais desnecessário. Por outro lado, a interpretação conforme à Constituição, já feita pelo Supremo Tribunal Federal, também acarreta a exclusão da obrigatoriedade da adoção do regime de pessoa jurídica para fins previdenciários e fiscais.

Referências

- ADAMY, Pedro. *Vontade do legislador* – contributo para a compreensão do argumento genético e da intenção do legislador. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2025.
- ALVES, José Carlos Moreira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Pesquisas tributárias – Nova Série* v. 10. São Paulo: CEU-RT, 2004, p. 24.
- BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Leme/SP: Edijur, 2016, p. 17.

reside no imperativo da justiça de tratar igualmente o que é igual, a da redução teleológica consiste no de tratar desigualmente o que é desigual, isto é, de fazer as distinções que sejam necessárias numa perspectiva de valor. A distinção pode resultar do sentido e fim da própria norma a limitar, ou de uma outra norma, ou ainda de um princípio imanente à ordem jurídica, ao qual se deva atribuir primazia, à luz da valoração global.”

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 103.
- BORGES, José Souto Maior. Imunidade tributária dos produtos de informática (ICMS/IPI/ISS). *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 24/96. São Paulo: IOB, 1996, p. 1/10545.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. (Pleno). *ADI n. 2.446/SP*. Distrito Federal. Rel. Min. Cármem Lúcia, julgado em 11.04.2022.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 141.
- GRECO, Marco Aurélio. Cofins na venda de imóveis. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 51. São Paulo: Dialética, 1999, p. 125.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed., BRITO, José de Sousa e, VELOSO, José António (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 427 e seg.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 446.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A propósito de leis interpretativas, de validade e vigência, de aplicação ao passado e de prazos em curso. *Revista Direito Tributário Atual* v. 18. São Paulo: Dialética e IBDT, 2004, p. 11.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Exaustão de jazidas minerais inesgotáveis ou de exaurimento indeterminável. *RT Informa* n. 352. São Paulo: RT, segunda quinzena de agosto de 1984, p. 8.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Interpretação, vigência e eficácia das normas jurídicas – a função dos regulamentos – o caso do art. 129 da Lei n. 11.196. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 519.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Observações sobre a desconsideração da personalidade jurídica perante o direito tributário, texto elaborado para o II Fórum Brasileiro de Direito Tributário e in *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 28. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 85, com a organização de Othon Pontes de Saraiva Filho.
- REALE, Miguel. Parecer não publicado, datado de 08.06.1995.