

De toda forma, diversos aspectos relativos ao novo regime do ágio ainda estão pendentes de regulamentação pela Receita Federal do Brasil.

As alterações ao texto original da MP nº 627 e a futura regulamentação do regime são etapas críticas para delimitação dos novos conceitos trazidos, a fim de que se confira uma maior segurança jurídica aos contribuintes.

Depurações do Lucro Contábil para Determinação do Lucro Tributável

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA

Advogado, Professor de Direito Tributário em Diversas Entidades (EAESP/GV; Centro de Extensão Universitária - CEU e Outras).
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

A palavra "depuração" tem o sentido de ato ou efeito de depurar, atividade de limpeza, purificação moral, eliminação de falhas e, no linguajar mais comum, é empregada para significar atos que visam tornar algo puro.

O verbo "depurar", claro, também significa purificar, limpar, purgar, aperfeiçoar, entre outras ações.

Se o título destas breves notas sobre a Medida Provisória n. 627¹ fosse tomado ou entendido deste modo, estaria se-ia partindo do pressuposto de que o lucro líquido apurado na contabilidade, especialmente a partir da Lei n. 11.638, estaria contaminado por impurezas a serem extirpadas.

Porém, não é isto que o título expressa, pois, segundo o *Dicionário Houaiss*, "depuração" também tem o significado de exclusão de substâncias indesejáveis, assim como "depurar" pode ser o ato de se desembaraçar de substâncias indesejáveis.

Nesta ótica, a depuração não leva em conta virtudes ou defeitos da coisa ou entidade a ser depurada, mas sim, ampara-se em um critério de utilidade para um fim determinado, o qual aponta a existência de substâncias não compatíveis (indesejadas) com este fim. Neste sentido, portanto, a depuração do lucro líquido retira as substâncias indesejadas para o determinado fim de apurar o lucro sujeito às incidências tributárias, sem que a depuração afirme a existência de vícios naquele.

Em outras palavras, não existe uma verdade imutável naquilo que se depura ou no resultado da depuração, mas sim, adaptação da



¹ Faço o registro de que este texto, devido ao prazo concedido pelo editor, foi escrito durante a tramitação dessa medida provisória e, portanto, não aborda as alterações que nela venham a ser inseridas no Congresso Nacional.

mesma coisa ou entidade a esta ou àquela finalidade. A observação da realidade assim nos demonstra, pois, por exemplo, a água contada por alguns detritos pode não estar impedida no seu uso para a rega da lavoura, perante a qual os detritos até podem ser nutrientes, mas não se presta à ingestão humana.

Do mesmo modo, o lucro líquido que a contabilidade reflete é apropriado para os fins a que esta se destina, o que não impede admitir-se que seja inapropriado para outros fins.

Ou, se se quiser ficar numa compreensão diretamente derivada da fonética, pode-se dizer que o lucro líquido é puro para os fins aos quais a contabilidade se destina, mas impuro para outros fins, sem que tal compreensão encerre um juízo de valor absoluto, pois ele será relativo, isto é, variável em função do critério e da finalidade a que se relaciona.

A contraposição entre o lucro líquido contábil e o lucro real tributável pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) evidencia esta verdade, ou seja, o que é bom (puro) para a contabilidade não o é para a determinação das obrigações tributárias, e vice-versa.

Mas as “impurezas” do lucro líquido, repito, não são impurezas intrínsecas, tanto que, a demonstrá-lo, o lucro real sujeito à tributação parte daquele, para chegar a um resultado que seja compatível com o objetivo do sistema tributário, resultado este que aos olhos dos contabilistas poderá ser, por sua vez, considerado cheio de “impurezas”.

Enfim, “puro” e “impuro” são conceitos apenas relativos, de modo que o título deste trabalho, empregando a palavra “depuração”, e ademais no plural, não passa de uma provocação para a devota compreensão do significado das ações a que a lei tributária se refere através dos termos “ajustes” do lucro líquido e “ajustar” o lucro líquido, para determinação do lucro real.

Temos aprendido isto com os valorosos debates dos quatro encontros entre contabilistas e juristas promovidos nos últimos anos pela Dialética sob a apropriada denominação *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, seja nos seus seminários, seja nas suas coletâneas publicadas, por isso mesmo necessários e cientificamente organizados por um professor de contabilidade (Alexsandro Broedel Lopes) e outro de Direito (Roberto Quiroga Mosquera).

Nesse aprendizado construtivo concluímos, sem discordância, com a constatação das necessidades e das conveniências de separação das duas apurações de uma mesma mutação patrimonial, isto é, de dois critérios distintos para avaliar um mesmo patrimônio no início e no final de determinado período de tempo, e para medir o resultado gerado por esse patrimônio durante esse lapso temporal e outras mutações nele ocorridas.

Nesse percurso, partimos das normas legais que advieram da Lei n. 11.638, passamos pelas normas transitórias que foram postas pela Lei n. 11.941, e agora chegamos ao ponto em que normas definitivas (mas não imutáveis) estão sendo implantadas a partir da referida medida provisória.

Neste entretempo, a contabilidade orientou-se por pronunciamentos técnicos complementares das normas legais (embora nem sempre coincidentes com estas), tendo o lucro tributável se mantido intacto a partir dos procedimentos contábeis que vigiam em 2007. Em outras palavras, nos quatro anos passados procurou-se entender as novas disciplinas contábeis e quais ajustes elas requeriam para se voltar ao lucro contábil de 2007 e se poder calcular o IRPJ e a CSL.

Agora, no âmbito da Medida Provisória n. 627 e da lei que a sucederá, a contabilidade e o lucro líquido não estão em processo de mudança, a qual atinge apenas o processo de ajustes necessários ao cálculo do lucro tributável.

E, neste momento, é particularmente importante não perder de vista os preceitos fundamentais, inclusive princípios constitucionais, que informam o Direito Tributário em geral e os dois tributos sobre acréscimos patrimoniais em particular, porque são eles que delimitam a extensão necessária dos referidos ajustes.

Claro que conveniências de política fiscal, inclusive de praticidade, podem também influir na confecção das novas normas tributárias, mas mesmo elas estão sujeitas aos limites do poder de tributar, limites estes que estão estatuídos expressa ou implicitamente na Constituição Federal e que encontram complementos e explicitações no Código Tributário Nacional (CTN).

É perante tais limites que determinados conteúdos (substâncias) do lucro líquido são indesejáveis (impuros), porque não se conformam com as diretrizes do sistema tributário constitucional. É quanto a tais conteúdos que se processam (devem ser processadas)

as depurações necessárias a compatibilizar o resultado com aquelas superiores diretrizes.

Nesta ordem de ideias, é fundamental neste momento que, em termos gerais, não se abandone os princípios da legalidade e da segurança jurídica, e, centrando-se as nossas observações no Imposto de Renda e na Contribuição Social sobre o Lucro, não se olvide particularmente os princípios da capacidade contributiva, com seu reflexo específico na exigência da ocorrência de disponibilidade econômica ou jurídica dos fatores positivos de acréscimo patrimonial, da vedação de tributo com efeito confiscatório, da generalidade, da universalidade e da progressividade do imposto de renda, e também da Contribuição Social sobre o Lucro.

Há outras exigências jurídicas a serem respeitadas, mas as referidas se constituem nas principais em se tratando dos dois tributos em questão, e especialmente ao se considerar as novas normas postas pela Medida Provisória n. 627.

Neste sentido, é bom não perdermos de vista o que foi exposto e alcançado nos quatro certames anteriores por todos os seus participantes, mas permito-me fazer referências comparativas aos temas que neles foram abordados por mim.

Assim, no primeiro encontro, realizado em 6 de maio de 2010, tratei de “A tributação da renda e sua relação com os princípios contábeis geralmente aceitos”, em texto inserido no livro *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distânciamentos)*.²

No seminário de 26 de maio de 2011 o tema que me incumbiu foi “Questões atuais sobre o ágio. Ágio interno. Rentabilidade futura e intangível. Dedutibilidade das amortizações. As inter-relações entre a Contabilidade e o Direito”. Esse texto foi publicado no livro *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distânciamentos)*, 2º volume.³

Na terceira etapa de encontros, ocorrida em 25 de maio de 2012, abordei a questão do “Reconhecimento de receitas - questões tributárias importantes (uma nova noção de disponibilidade econômica?)”, que apareceu no *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distânciamentos)*, 3º volume.⁴

E em 28 de junho de 2013 falei sobre o “Regime tributário da compra vantajosa - questões fundamentais”, e o correspondente texto foi publicado na coletânea *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distânciamentos)*, 4º volume.⁵

Numa síntese haurida de análise preliminar da Medida Provisória n. 627, é possível dizer que as conclusões do primeiro e do terceiro trabalhos acima referidos encontram ressonância positiva no texto do ato legislativo, assim como, quanto ao tema do segundo, as novas regras legais vêm introduzir um regime fiscal totalmente novo, ajustado às regras contábeis, portanto, não havendo contraposição com o que foi dito e concluído sob a disciplina do Decreto-lei n. 1.598 e da Lei n. 9.532, mas implícita confirmação da correta interpretação então dada às normas desses diplomas legais.

Já com relação ao tema de 2013, que foi uma extensão específica do de 2012, cabe reparo ao que foi inserido na medida provisória. Realmente, de modo geral, a medida provisória depura o lucro líquido para a determinação do lucro real, expurgando dele as revalorizações de ativos e passivos derivadas de avaliações pelos critérios de valor justo e de ajuste a valor presente.

Neste sentido, a medida provisória se atém aos limites da tributação quanto ao momento de reconhecimento de receitas e ganhos em geral, bem como quanto à sua mensuração, respeitando assim o que foi exposto em 2012, inclusive quanto à exigência da capacidade contributiva expressa na disponibilidade de receitas e rendimentos, e às exigências da legalidade, que impõem o afastamento de critérios indeterminados, muitos não previstos em lei, que conduzem a concretizações subjetivas, portanto, fontes de insegurança jurídica.

Neste particular, imaginem-se quantas demandas fiscais haveria em torno da quantificação de valores justos e valores presentes, se os seus reflexos contábeis devessem valer na seara tributária!

Portanto, quanto a isto, os autores das disposições refletidas na Medida Provisória n. 627 agiram corretamente, além de prudentemente, embora, ao tratarem das mais ou menos-valias nas aquisições de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, pressionados pelo incômodo de critérios distintos e pela conveniência política de manter o regime anterior para incorporações, fusões e cisões, viram-se forçados a adaptá-los aos novos procedimentos

² São Paulo: Dialética, 2010, p. 398.

³ São Paulo: Dialética, 2011, p. 212.

⁴ São Paulo: Dialética, 2012, p. 297.

⁵ São Paulo: Dialética, 2013, p. 251.

tos contábeis, e nisto introduziram a consideração do valor justo, o qual interferirá no trato fiscal caso depois ocorra um daqueles eventos.

O mesmo respeito ao ordenamento e a mesma prudência também não se manifestaram na confecção do art. 26, que não tinha correspondente na lei fiscal e que, encimado pelo título "Ganho por Compra Vantajosa", decreta:

- que o ganho decorrente do excesso do valor líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados pelos respectivos valores justos, em relação à contraprestação transferida, será computado na determinação do lucro real do período de apuração relativo à data do evento e aos posteriores, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração ("caput" do artigo);

- que, quando o ganho proveniente de compra vantajosa se referir ao inciso II do parágrafo 5º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, deverá ser observado, conforme o caso, o disposto no parágrafo 6º do mesmo artigo, ou o disposto no art. 21 da medida provisória (parágrafo único).

Explicitando o que dispõe o parágrafo único do art. 26 da Medida Provisória n. 627:

- o dispositivo do Decreto-lei n. 1.598, nele citado, que passou a ter redação dada pelo art. 2º da própria medida provisória, corresponde ao custo de aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, e refere-se ao ganho por compra vantajosa do investimento, aferido por sua rentabilidade futura ("goodwill"), que seria o chamado "deságio" na versão original da norma tributária, o qual agora passa a ter novos critérios de determinação, incluindo a consideração do valor justo;

- o art. 21 da medida provisória trata de ágio, e não de compra vantajosa nas aquisições a que alude o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, sendo a compra vantajosa objeto do art. 22, que, abrindo exceção à tributação apenas no momento da alienação ou baixa do investimento, determina que ela seja computada no lucro real à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração, a partir da

absorção do patrimônio a que se referir o investimento, em virtude de incorporação, fusão ou cisão.

Ou seja, e em síntese, a tributação da mais-valia representada pelo valor justo, em relação ao custo de aquisição de investimentos ou ativos identificados, assim como a menos-valia no caso de passivos assumidos, são inexoravelmente sujeitos à inclusão nas bases de cálculo do IRPJ e da CSL à razão mínima de um sessenta avos por mês decorrido em cada período-base fiscal, significando que, se adotado aquele mínimo e não houver outro evento no entretempo, ao final de cinco anos da aquisição do ativo ou do passivo, ou da incorporação, fusão ou cisão, a totalidade do suposto ganho terá sido tributada.

Mais especificamente:

- se se tratar de investimento avaliado por equivalência patrimonial, o suposto ganho por compra vantajosa somente será tributado quando da alienação ou baixa, salvo se houver incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica investidora e a investida, caso em que, a partir do mês desse evento, desencadeia-se a tributação em parcelas mínimas mensais equivalentes a um sessenta avos do ganho;

- se se tratar de outros ativos identificáveis adquiridos ou passivos assumidos, a tributação parcelada por mês, na mesma base mínima de um sessenta avos, inicia-se desde o mês da aquisição.

Assim, no caso dos referidos investimentos, a medida provisória manteve o tratamento que estava no Decreto-lei n. 1.598, embora tenha alterado os conceitos de ágio e deságio, mas para outros ativos a novidade é a tributação do que aqui estou chamando de "suposto ganho", do mesmo modo que pode ocorrer na assunção de alguma obrigação.

Digo "suposto ganho" porque, na ótica tributária, trata-se de ganho meramente potencial, possível mas não realizado, cuja disponibilidade depende de haver um ato futuro de alienação ou baixa do bem por valor superior ao seu custo efetivo, cujo ganho inclusive nem poderá se realizar se a alienação ou baixa tiver preço ou valor inferior ao do custo efetivo, ou poderá ser inferior ao do suposto ganho, caso entre a aquisição e a baixa do bem tenha havido uma inversão de tendências de mercado, com queda dos valores neste praticados, em relação aos da data da aquisição.

No caso de ser assumido algum passivo, a teoria do ganho é a mesma, mas invertendo-se o sinal, pois o suposto ganho decorre de ter sido pago um valor pela aquisição do passivo que é maior do que o seu valor tido como justo, significando que, teoricamente, se teria que despendar menos para liquidar a dívida.

Na concepção de compra vantajosa, portanto, não interessam o valor contábil ou fiscal da pessoa jurídica ou física alienante, com base no qual ela calcula seu ganho ou perda de capital considerando o preço do negócio ou o valor do evento, nem interessa, para o comprador, o preço pelo qual adquiriu, o qual somente serve de base para comparação com um valor tido como justo e, através da comparação, verificar a existência de um ganho teórico, porque terá sido pago preço inferior ao tido como justo. Por exemplo, se tiver sido pago o preço de 100 contra um valor justo de 120, a diferença redundará em ganho por compra vantajosa, no valor de 20, porque 120 deveria ter sido despendido para adquirir o bem, mas se empregou em contraprestação apenas 100.

Na mesma concepção, quando se assume um passivo cujo valor justo seja, por exemplo, de 100, mas se despendeu 120 em contraprestação, estima-se que houve um ganho de 20, porque somente se teria que gastar 100 para liquidar a dívida. Pouco importa, para este fim, o valor contábil ou fiscal da pessoa jurídica ou física que transferiu a dívida, nem o valor efetivo do respectivo negócio.

Em qualquer desses casos, a existência de ganho não efetivo e não definitivo, isto é, não concretizado, não pode sujeitar-se à incidência dos tributos sobre a renda porque não existe renda disponível, quer econômica, quer juridicamente, conforme exposto nos trabalhos dos anos de 2012 e 2013.

Como também lá mencionado, é impossível a incidência tributária pela inexistência de renda realizada, símbolo do princípio da capacidade contributiva quando se está perante tributos sobre a renda.

Portanto, a autoria da Medida Provisória n. 627 que, em geral, foi obediente aos preceitos constitucionais e do CTN, não os observou quando editou o art. 26, quanto ao qual não houve a prudência de verificar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já fulminou a validade de tributação antecipada à efetiva realização da renda em várias situações, como as de variações cambiais e de lucro inflacionário não realizado.

Lucro inflacionário não realizado era situação ainda mais próxima da de compra tida como vantajosa, comparativamente com variações cambiais positivas de créditos e dívidas.

É que variações cambiais têm origem em negócios jurídicos livremente pactuados, e se baseiam nas cotações da moeda estrangeira respectiva, em relação à nacional. Embora as variações cambiais positivas sejam imediatamente contrabalançadas pelas negativas que as sucedam, estas não têm ingerência na base de cálculo das contribuições sobre receitas, a propósito das quais o tribunal decidiu a questão com base nos conceitos de disponibilidade e realização efetiva vigentes no imposto de renda.

Seja como for, a corte reconheceu que, antes da liquidação efetiva da dívida, as variações cambiais positivas são meramente escriturais, representando ganhos não realizados.

Por seu turno, no regime de correção monetária das demonstrações financeiras, o lucro inflacionário era resultado de uma operação contábil obrigatoriamente imposta pela lei, que, com base em índices oficiais de inflação, representava um ganho derivado dos efeitos inflacionários sobre os elementos do patrimônio da pessoa jurídica.

Outrossim, o lucro inflacionário submetia-se à tributação na medida da sua realização efetiva, mas a brecha nesta regra geral foi introduzida quando a lei passou a prever uma tributação mínima do lucro inflacionário não realizado, em cada período-base e também na razão dos respectivos meses.

A tributação do ganho por compra vantajosa tem todas essas características da tributação do lucro inflacionário não realizado, pois está prevista para ser efetivada mês a mês numa base mínima imposta pela lei, independentemente da realização de qualquer ganho efetivo, e também decorre de uma operação contábil obrigatoriamente imposta pela lei.

Ocorre, entretanto, que a novidade da compra vantajosa, cuja igualdade ou semelhança com o lucro inflacionário não realizado, nos pontos acima expostos, leva à sua invalidade jurídica, tanto quanto o Superior Tribunal afirmou para aquele "lucro", apresenta outros aspectos que militam contra sua validade, e por força destes a invalidade é mais grave.

Sem pretensão de esgotar o tema, o que somente irá acontecer com a aplicação da norma ao longo do tempo, de pronto se nota a fluidez do conceito em si e a fluidez do seu modo de cálculo.

Isto porque o lucro inflacionário era produto da aplicação de índices oficiais de correção monetária, os quais, certos ou errados, e com toda a manipulação por que passaram em sucessivos governos, tinha uma base de caráter geral para todos os contribuintes, sendo praticamente o resultado de cálculos matemáticos conferíveis com segurança em sua exatidão.

Agora, uma compra vantajosa, que supostamente é decorrente de uma diferença entre o preço de uma transação e os valores de mercado, está sujeita a incertezas e inseguranças inaceitáveis quando se trata de obrigações tributárias submetidas ao princípio da legalidade e outros princípios que configuram limites ao poder de tributar. São incertezas quanto a qual seja valor de mercado, ou que derivem de situações em que se pactuem preços, distintos dos correntes no mercado, por influência de circunstâncias de estratégia, de conveniência ou de necessidade das partes (neste ponto, os critérios do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 eram muito mais compatíveis com a realidade negocial e empresarial).

Por outro lado, admita-se que haja um preço de mercado conhecido, como ocorre com bens cotados em bolsas de valores e de mercadorias, para os quais o elemento de comparação é mais palpável do que em outras situações.

Não obstante, mesmo a cotação do dia sofre variações, tem uma de abertura e outra de fechamento, e sua média não significa que, se o contribuinte fosse vender o bem no mesmo dia da aquisição, conseguiria obter por ele um preço no mínimo igual ao da média.

Ainda que, neste caso de bens com mercado ativo e público, se adotasse o menor preço do dia, nada asseguraria que, no dia seguinte, ele se manteria, e a possibilidade de não manutenção se agravava a cada dia, e quanto mais longo for o período de manutenção do bem no patrimônio do contribuinte que o adquiriu.

Se levarmos em conta o tempo de tributação da totalidade do ganho derivado de compra vantajosa (cinco anos), vamos perceber por quantas variações de mercado ele poderá passar antes de ser efetivada uma alienação e realizado um ganho, ou poderá ser cons tatada uma perda!

Observe-se um exemplo, em que a aquisição tenha se dado pelo valor de 1.000, sendo de 1.200 o valor justo, significando que em cada ano deverá ser oferecido à tributação o correspondente a doze sessenta avos (20%) do ganho por compra vantajosa, que é de 200, ou seja, em cada ano, 40 devem ser adicionados ao lucro tributável. Mas podem ocorrer diversas situações, tais como:

- o bem ser alienado após cinco anos pelo mesmo valor da sua aquisição, isto é, sem ganho ou perda de capital, embora 200 tenham sido tributados durante os cinco anos;
- o bem ser alienado após cinco anos por valor inferior ao da aquisição, caso em que haverá perda de capital, embora 200 tenham sido tributados ao longo dos cinco anos;
- o bem ser alienado após cinco anos com ganho de capital inferior a 200, mas 200 terão sido tributados durante os cinco anos;
- o bem ser alienado antes do término dos cinco anos, não havendo coincidência entre o ganho então apurado (ou podendo ser apurada perda), mas 200 terão sido parcialmente tributados até a venda, em valor possivelmente superior ao do ganho efetivo.

Mais adiante, voltarei a este assunto, quando trarei à consideração outros detalhes da medida provisória, até aqui não apontados nesta breve apreciação teórica e genérica da norma do art. 26, inclusive considerando o que dispõem os arts. 31 e 33 do Decreto-lei n. 1.598, que também foram alterados.

Assim, ante o que está exposto, com o art. 26 as autoridades aparentemente sucumbiram ao interesse arrecadatório, pois não mantiveram a neutralidade fiscal das regras contábeis inovadoras do sistema de apuração do lucro líquido, como estabeleceram para as demais, nem fizeram, por um mínimo de coerência, a inserção de algum dispositivo permitindo a dedução de perdas em compras desvantajosas.

É possível que tenha havido sincera busca de um regime tributário apropriado, e não a motivação arrecadatória, inclusive lendo-se a exposição de motivos da medida provisória, que justifica o art. 26 dizendo ter o intuito de manter o mesmo tratamento tributário previsto no art. 22, ou seja, o reconhecimento fiscal da compra vantajosa no prazo de cinco anos.

Todavia, essa explicação não satisfaz, pois o art. 22 trata de compra vantajosa nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão entre a investidora e a investida, mas, por seu turno, o art. 21, nas mesmas hipóteses, admite a dedução dos valores que se pode dizer serem relativos a compras desvantajosas.

Destarte, para haver a alegada equiparação de tratamento, haveria que ter sido incluído dispositivo no art. 26 que assegurasse o mesmo previsto no art. 21, embora mesmo assim não se justificasse a tributação do ganho não realizado, tanto quanto não se justifica a tributação antecipada prevista no art. 22 (e também a dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532).

O art. 26 ainda desperta algumas incertezas e perplexidades, em adição às já apontadas, e aqui também não se pretende esgotá-las.

Por exemplo, o que se deve entender por “excesso ao valor líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos”, conforme consta da hipótese de incidência da norma do art. 26?

Palavras como essas são correntemente empregadas quando se trata de aquisições ou combinações de negócios, mas é somente nestes casos que se aplica o art. 26, ou também em toda e qualquer aquisição de bens isoladamente considerados, ou de assunção desta ou daquela obrigação?

Note-se que se trata de questão relacionada à própria hipótese de incidência da norma, isto é, ao seu antecedente normativo.

Se, como entendo, o alcance da norma deva ser apenas para aquisições ou combinações de negócios, justifica-se a alusão a valor líquido de ativos identificáveis adquiridos e passivos assumidos, mas mesmo assim os óbices constitucionais e da lei complementar ainda se antepõem à sua aplicação.

Já se o alcance fosse maior, atingindo operações de aquisição de bens singulares ou assunção de obrigações isoladas, por que se falaría em valor líquido? E o que se deveria entender por valor líquido?

Por isso, numa primeira interpretação do art. 26, a conclusão a que se chega é no sentido de que ele não alcança operações de aquisição de algum bem ou de assunção de alguma dívida, mas, sim, operações em que a aquisição seja de uma universalidade de direitos e obrigações.

Realmente, em favor desta conclusão temos os seguintes elementos:

- a expressão gramatical da norma, ao se referir a valor líquido, que pressupõe uma somatória algébrica de direitos e obrigações;
- a expressão gramatical da norma, ao aludir a ativos identificáveis, terminologia utilizada em aquisições ou combinações de negócios envolvendo bens coletivos (universalidades), inclusive porque na aquisição de um determinado bem não se precisa falar em sua identificação, somente cabível quando se identifica um bem, por seu valor, dentro de um conjunto;
- neste sentido, a referência a ativos identificáveis, e não a bens, também demonstra que a hipótese de incidência abrangge a aquisição de um conjunto (bens coletivos, em universalidades jurídicas), e não de bens singulares;
- assim como a referência genérica à contraprestação, e não a preço, é compatível com operações de aquisições ou combinações de negócios, ao passo que para negócios jurídicos de compra e venda a contraprestação é mais apropriadamente aludida como preço;
- a explicação da exposição de motivos, de que o art. 26 visa manter o tratamento previsto no art. 22 para as incorporações, fusões e cisões, é um instrumento auxiliar de interpretação que colabora para se entender que o alcance do art. 26 é limitado às aquisições e combinações de negócios que não se encaixem no art. 22, por serem realizadas através de outros meios jurídicos que não incorporação, fusão ou cisão;
- a norma do art. 26 não pode ter abrangência ilimitada ou geral, sob pena de conflitar com a do art. 12, segundo a qual o ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo a valor justo não deve ser computado no lucro tributável se mantido em subconta vinculada ao mesmo ativo e passivo, além de outras normas iguais para outras situações específicas, como a do art. 16, relativa à subscrição de capital;
- na Lei n. 6.404 não se encontra uma determinação de caráter geral para apropriação ao resultado dos ganhos por compra vantajosa ou por assunção de obrigações, o que significa que o art. 26, se entendido como aplicável a toda e qualquer

aquisição ou assunção, teria que ser cumprido pela adição, ao lucro real, de parcela não integrante do lucro líquido; em-bora, no âmbito estrito da legislação ordinária, possa haver uma situação como esta, sua validade constitucional precisa ser aferida caso a caso, e, em relação ao art. 26, recomenda uma interpretação restritiva, inclusive tendo-se em conta que a finalidade da Medida Provisória n. 627 é ajustar a lei tributária face às novas normas inseridas na Lei n. 6.404.

Este último ponto nos leva a outra ordem de consideração, igualmente passível de conflitos fiscais.

A Lei n. 6.404 aborda o valor justo nos seguintes dispositivos, e apenas neles:

- art. 182, parágrafo 3º, que determina serem classificadas como ajustes de avaliação patrimonial, enquanto não computadas no resultado do exercício em obediência ao regime de competência, as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo, nos casos previstos nessa lei ou, em normas expedidas pela CVM com base na competência conferida a esta pelo parágrafo 3º do art. 177;

- art. 183, inciso I, letra "a", segundo o qual as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de créditos, devem ser classificados no ativo circulante ou no realizável a longo prazo, e serem avaliadas pelo seu valor justo, quando se tratar de aplicações destinadas à negociação ou disponíveis para venda;

- o art. 183, parágrafo 1º, que define o que seja valor justo em várias hipóteses, e que, segundo os incisos do mesmo artigo, somente se aplica quando o valor justo for inferior ao custo de aquisição.

Em síntese, pela lei societária, que comanda o lucro contábil, a adoção de valor justo para mais somente é cabível em relação a instrumentos financeiros e direitos e títulos de créditos, classificados no ativo circulante ou realizável a longo prazo, e não acarreta crédito à receita, pois sua contrapartida é à conta patrimonial de ajuste de avaliação patrimonial, somente integrando o lucro líquido na medida da sua realização. Outrossim, face à delegação atribuída à CVM, é possível haver a previsão de outras hipóteses de avaliação a valor

justo, como ocorre nos casos de aquisições ou combinações de negócios regidas pelo Pronunciamento Técnico CPC n. 15, mas mesmo nestes a norma legal é para contrapartida da avaliação a crédito de ajustes de avaliação patrimonial, até a sua efetiva realização.

Daí se tira as seguintes conclusões, inclusive tendo-se como premissa que a Medida Provisória n. 627 não é uma criação do legislador tributário fechada no âmbito da tributação, mas é decorrente da necessidade de efetuar alterações na legislação tributária em virtude das modificações introduzidas nos procedimentos contábeis:

- realmente, no lucro líquido contábil, segundo a lei, não há reconhecimento de ganho antes da sua efetiva realização, o que induz a que o art. 26 da medida provisória não tenha um alcance amplo e totalmente incompatível com a totalidade do ordenamento jurídico, mas deva ter aplicação somente quando haja algum movimento contábil correspondente à hipótese por ele prevista;

- destarte, não cabe a adição ao lucro real, de supostos ganhos por compra vantajosa ou assunção de obrigações, sem que tais ganhos estejam reconhecidos contabilmente; quer dizer, a fiscalização não pode, em qualquer compra singularmente considerada, pretender calcular um suposto ganho e determinar seu acréscimo ao lucro tributável, na base de um sessenta avos por mês;

- ao contrário, abstraindo-se da sua invalidade constitucional, a norma do art. 26 somente poderá ser entendida como abrangendo as situações em que o contribuinte tenha levado ao lucro líquido alguma parcela derivada de avaliação positiva pelo valor justo, que assim tenha sido reconhecido no resultado contábil em atendimento à prescrição de alguma disposição aprovada pela CVM, mesmo contra a norma legal, e quando se tratar de aquisições ou combinações de negócios (conforme o Pronunciamento Técnico CPC n. 15);

- ou seja, sem perquirir a limitação constitucional, o art. 26 não cria lucro, mas apenas difere a tributação de ganho refletido contabilmente;

- estas últimas anotações se complementam com ser vedado ao contribuinte adotar a regra do art. 26 para reconhecer voluntariamente no lucro líquido um ganho por compra vantajosa que não seja admitido ou exigido pela CVM, pois assim

ele estaria realizando uma reavaliação espontânea de ativo, provavelmente em benefício próprio e em detrimento do sistema legal, inclusive com violação do disposto no art. 4º da Lei n. 9.959,⁶ mesmo que fazendo acréscimos restritos ao mínimo previsto no art. 26.

Deste conjunto de razões se infere que o art. 26 somente abrangia os casos de aquisições de universalidades jurídicas de bens e/ou obrigações, e nos casos em que contabilmente seja obrigatório o reconhecimento de ganho a crédito do lucro líquido.

Não obstante, mesmo dentro deste âmbito restrito, a tributação antecipada à efetiva realização de algum ganho é sempre injurídica por contrariar superiores preceitos da Constituição Federal e do CTN, e também, como acabamos de ver, por contrariar a Lei n. 6.404 e somente derivar do cumprimento de normas contábeis infralegais.

Afora as anotações acima, cabe mais uma quanto ao regime adotado pela medida provisória, novamente sem perquirir sua inviolabilidade jurídica.

Voltando aos exemplos acima, que foram dados restringindo-os às aquisições indiscriminadas, portanto, a qualquer aquisição, e não à de uma coletividade de bens e obrigações, mas que também podem ser entendidos a esta, lá foi vista apenas a possibilidade da ocorrência da incidência tributária sobre ganhos que nunca ocorreram.

Mas lá não foi dito o que será exposto nesta observação final, que se preocupa com as normas relativas à apuração de ganho ou perda de capital, e com a ausência de prescrições relativas ao tratamento cabível quando haja realização antes do término do prazo de cinco anos para a tributação do suposto ganho, e quanto à compatibilização do art. 26 da medida provisória com os arts. 31 e 33 do Decreto-lei n. 1.598.

Comecemos dizendo que esses artigos, mesmo alterados pela Medida Provisória n. 627, continuam a prescrever a regra de tributação dos ganhos de capital ou de dedução de perdas de capital decorrentes da alienação ou baixas (portanto, não por compras) de bens do

ativo não circulante, classificados como investimento, imobilizado ou intangível, e tomam como base para cálculo o valor contábil do bem, que é obtido através de uma soma algébrica da qual participam o custo efetivo de aquisição e, no caso de investimentos avaliados por equivalência patrimonial, as mais ou menos-valias correspondentes (1) à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor de aquisição, e (2) ao ágio por rentabilidade futura ("goodwill"), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição e a soma algébrica deste e das referidas mais ou menos-valias.

Ou seja, a regra legal relativa a ganho ou perda de capital continua a ser baseada no custo real de aquisição e no valor real de alienação ou baixa, com as duas ingerências dos desdobramentos do custo, pertinentes ao método da equivalência patrimonial, que não se aplicam, portanto, em aquisições de outros bens, ainda que sejam investimentos avaliados pelo custo de aquisição.

Essas duas normas, que informam a apuração de ganho ou perda de capital, também conduzem a uma abrangência limitada do art. 26, pois, em caso contrário, isto é, de aplicação em qualquer compra vantajosa, teríamos contrariedade entre aquelas normas e a do art. 26.

Outrossim, em correlação com a apuração de efetivo ganho ou perda de capital, não há norma expressa para sanar as seguintes situações derivadas do art. 26:

- apuração de efetivo ganho ou perda de capital com base no valor contábil, no qual, em subconta e quando aplicável o art. 12, está o ganho ou perda que derive de avaliação pelo valor justo;
- a compensação, na determinação do lucro tributável, entre o ganho ou perda de capital efetivo e o ganho derivado da avaliação pelo valor justo que foi tributado segundo o art. 26;
- a restituição ou compensação dos tributos já pagos sobre a totalidade do ganho derivado da avaliação a valor justo, segundo o art. 26, e o apurado (se algum) em posterior alienação ou baixa do bem.

Em todas estas hipóteses, a solução terá que ser (e será) encontrada sistematicamente, porque elas não estão reguladas explicitamente pela medida provisória, mas certamente sob os ônus e riscos de contravérsias com a fiscalização.

⁶ "Art. 4º A contrapartida da reavaliação de quaisquer bens da pessoa jurídica somente poderá ser computada em conta de resultado ou na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido quando ocorrer a efetiva realização do bem reavaliado."

E, evidentemente, os mesmos problemas vão existir ainda que a aplicação do art. 26 seja limitada, como acima preconizado, às situações de aquisições e combinações de negócios envolvendo universalidades jurídicas, para as quais a tributação parcelada decorra de reconhecimento contábil de ganhos, determinado pela CVM.

Já que foi feita alusão ao art. 12 da Medida Provisória n. 627, cabe a inserção de uma observação em torno do mesmo.

Esse dispositivo trata de ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo, e determina sua sujeição ao IRPJ e à CSL apenas quando realizado, desde que seja lançado em subconta vinculada ao ativo ou passivo, ou seja, o registro contábil do suposto ganho integra o valor contábil do bem no ativo, ou da obrigação no passivo. Por isso mesmo, quando apurado o ganho ou perda de capital na alienação ou baixa do bem, conforme as normas dos arts. 31 e 33 do Decreto-lei n. 1.598, essa subconta é inserida na respectiva apuração.

Mas, segundo o parágrafo 5º do mesmo artigo, sua regra não se aplica aos ganhos no reconhecimento inicial de ativos avaliados com base no valor justo, decorrentes de transações com terceiros, inclusive doações (sobre doações, outras considerações seriam cabíveis, o que terá que ficar para outra oportunidade). Por isso mesmo, foi dito ser necessário solucionar sistematicamente as situações acima aventadas, em que o ganho por compra vantajosa tenha sido tributado e se tenha que tratar de ganho ou perda de capital que tenha regência nos arts. 31 e 33 do Decreto-lei n. 1.598.

Ocorre, entretanto, que o parágrafo 5º coloca ao menos duas novas questões.

A primeira delas é determinar se esse parágrafo, excluindo o disposto no art. 12 (excluindo a neutralidade da avaliação a valor justo) nas hipóteses de reconhecimento inicial de ativos avaliados com base no valor justo, nos casos de transações com terceiros, estaria a dizer que em todas as transações com terceiros em que houvesse compra vantajosa não poderia ser aplicada a neutralização do respectivo suposto ganho através do mecanismo contábil prescrito pelo artigo e que, em consequência, a respectiva tributação deveria ser imediata.

Todavia, mesmo tendo-se em conta que a função dos parágrafos é complementar ou excepcionar o mandamento contido no "caput" do respectivo artigo, não se pode chegar a essa conclusão,

porque a exceção que o parágrafo 5º inequivocamente institui é quanto à abrangência do que dispõe a cabeça e os demais parágrafos do artigo, e nada mais.

E entre o "nada mais" está a inexistência, na exceção, de uma automática norma de tributação por aplicação da exceção a contrário senso, dado que toda hipótese de incidência requer sua instituição em norma legal, regra esta que não admite exceção.

Em outras palavras, a exceção contida no parágrafo 5º é norma negativa do disposto no art. 12, nas situações a que alude, mas não positiva de qualquer outro mandamento, muito menos de incidência tributária.

Assim, a exceção é para clarificar que o art. 12 dirige-se aos casos em que haja reconhecimento contábil de valor justo durante a manutenção de um bem ou obrigação no patrimônio da entidade, e não quando da sua aquisição, o que é matéria de outras normas.

Entendendo-se assim, corretamente, o parágrafo 5º do art. 12, também se o compatibiliza com as demais regras que estão na medida provisória, inclusive com as já analisadas anteriormente.

Uma segunda questão que pode surgir é se o parágrafo 5º seria uma confirmação de que o art. 26 não se aplica às operações de aquisição de bens singulares, mas apenas às de bens coletivos.

Já chegamos a esta conclusão, e o parágrafo 5º do art. 12 viria para confirmá-la, mas, ao mesmo tempo, para dizer que, nas aquisições de bens singulares, a tributação imediata do suposto ganho por compra vantajosa estaria determinada por ele, e, além de não se submeter ao sistema de neutralização do próprio art. 12, não poderia "gozar da vantagem" de ocorrer em parcelas ao longo de cinco anos, conforme o art. 26.

Esta nova suposição também não se sustém, pois, para ela ser possível, a exceção do art. 12, determinada pelo seu parágrafo 5º, teria que ser estendida como exceção também em relação ao art. 26, ou seja, a norma negativa se tornaria duplamente negativa, ao mesmo tempo em que positiva, no sentido da tributação imediata, o que já vimos não ser cabível no nosso ordenamento.

Em suma, o art. 12 não trata de compra vantajosa, o que deflui do seu contexto integral e, subsidiariamente, do seu próprio título ("Avaliação a Valor Justo - Ganho"), além de estar conforme à interpretação sistemática do direito vigente, em sua totalidade, e da Medida Provisória n. 627, na qual ele está inserido.

Assim, o parágrafo 5º vem expressar aquilo que já se poderia extrair do "caput" do art. 12 e dos seus demais parágrafos, ou seja, a inaplicabilidade do art. 12 no momento da aquisição, ficando a re-gência da compra vantajosa para os dispositivos que expressamente tratam deste fenômeno contábil, e que devem ser interpretados e aplicados nos limites em que estatuem suas normas.

Enfim, todas as celeumas enfrentadas neste breve comentário sobre a nova medida provisória poderiam ter sido evitadas se o art. 26 não existisse, ou se fosse determinada a neutralidade fiscal de toda e qualquer avaliação a valor justo, positiva ou negativa, seguindo-se a Lei n. 6.404, ao menos como está vigente atualmente.

Questões Fundamentais do Imposto de Renda após a MP nº 627

SERGIO ANDRÉ ROCHA

Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1. Introdução

Chega a ser um truismo afirmar que um mesmo fato social ou econômico pode ser qualificado de várias maneiras diferentes a depender da perspectiva do observador. Como leciona Paulo de Barros Carvalho, "não nos esqueçamos que a camada linguística do Direito está imersa na complexidade do tecido social, cortada apenas para efeito de aproximação cognoscitiva. O real, com a multiplicidade de suas determinações, só é susceptível de uma representação intuitiva, porém aberta para receber inúmeros recortes cognoscitivos. Com tais ponderações, torna-se hialina a afirmativa de que de um mesmo evento poderá o jurista construir o fato jurídico; como também o contabilista, o fato contábil; e o economista, o fato econômico. Tudo, portanto, sob a dependência do corte que se quer promover daquele evento."¹

De uma maneira simplificada, pode-se afirmar que toda a necessidade de harmonização entre a contabilidade no padrão IFRS (*International Financial Reporting Standards*) e a legislação do Imposto de Renda² decorre de uma distinta percepção a respeito de um mesmo fato.

Uma das observações que mais se fez desde dezembro de 2007, quando foi editada a Lei nº 11.638 e dado início ao processo de ado-



¹ CARVALHO, Paulo de Barros. "O absurdo da interpretação econômica do 'fato gerador'. Direito e sua autonomia - o paradoxo da interdisciplinaridade". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; e PASIN, João Bosco Coelho (orgs.). *Direito Financeiro e Tributário comparado: estudos em homenagem a Eusebio González García*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247.

² A contabilidade no padrão IFRS impacta também a apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a Contribuição para o PIS e a Cofins. Para fins de simplificação, no texto farei referência apenas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.