Nova Contabilidade e Tributação: da Propriedade à *Beneficial Ownership*

LUÍS EDUARDO SCHOUERI
Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo.
Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.



Independentemente da discussão que se tenha quanto ao conceito de renda adotado pelo Código Tributário Nacional, dificilmente se negará que, na presença de qualquer acréscimo patrimonial disponível, está o legislador ordinário autorizado a instituir o imposto. Torna-se relevante, a partir daí, saber como se revela o acréscimo patrimonial.

Não parece despropositada a afirmação de que, nos idos de 1977, quando foi editado o Decreto-lei nº 1.598, ninguém poria em dúvida que a variação patrimonial a ser considerada para os efeitos tributários seria aquela mesma que se apuraria na Contabilidade, com poucos ajustes. Afinal, o referido Decreto-lei surgia no bojo da então recente edição da Lei 6.404/1976, a qual preconizava, ainda, uma Contabilidade tímida e respeitosa ante as velhas figuras e formas do Direito Civil. Em tal contexto, somente seria possível reconhecer um ativo quando este revestisse a forma de um direito real; via de regra, a ausência de propriedade desautorizava a consideração do bem.

Chamado, uma vez mais, com o fim do Regime Tributário de Transição, a se manifestar sobre alterações trazidas pela mesma lei de sociedade por ações, o contexto enfrentado pelo legislador tributário de 2014 não poderia ser mais diverso daquele vislumbrado na década de 1970. Com efeito, desde a edição da Lei nº 11.638/2007, o Direito privado conhece uma outra noção de patrimônio, para a qual se torna menos relevante a propriedade sobre os bens, assumindo importância maior a situação fática de controle e disposição.

A Medida Provisória nº 627/2013, ainda não definitiva, passa por todas as incertezas e turbulências de sua conversão em lei. Apresenta-se ao legislador tributário a tarefa de dimensionar os efeitos e repercussões na seara fiscal da nova Contabilidade, para decidir se

serão, ou não, aceitos na base do imposto de renda. A se confirmar o caminho que se prenuncia na referida Medida Provisória, no lugar de absorver o novo conceito de patrimônio e de propriedade, mantém-se a tributação vinculada às formas de Direito privado.

O efeito de tal decisão é previsível. Se, por um lado, pode o legislador contar com menor número de questionamentos jurídicos - já que dificilmente se negará a possibilidade de se avaliarem acréscimos patrimoniais a partir de categorias jurídicas - por outro lado, o distanciamento provocará resultados contábeis e tributários bastante díspares.

Se essa disparidade pode causar alguma perplexidade aos especialistas, dificilmente será entendida por leigos, mormente quando se considera a tendência - revelada em exemplos que se extraem da prática internacional[1], de organizações não governamentais e ativistas, sob o mote da transparência e do controle da corrupção, exigirem que se evidenciem ao grande público, além dos resultados societários, os tributos que se recolhem. Basta citar as recentes manifestações nas praças da Inglaterra diante de redes internacionais.

Ora, se a Contabilidade parte de base muito diversa dos valores apurados segundo as formas de Direito Privado, é evidente que muitas vezes se verão pujantes lucros societários refletirem pífio recolhimento de tributos. Daí que a decisão do legislador brasileiro, se pode ser entendida enquanto medida para evitar questionamentos judiciais, merece maior reflexão quando se tomam em conta os possíveis desdobramentos na opinião pública.

O presente texto pretende trilhar o caminho desbravado pela nova Contabilidade, mostrando o quanto se distancia do que até então se conhecia na tributação. Escolhe-se a noção de patrimônio e, dentro desse universo, investiga-se a propriedade, para evidenciar como a nova Contabilidade já não mais se vale de institutos jurídicos tradicionais. Partindo de breve relato das resistências e dificuldades encontradas historicamente pela Contabilidade no Brasil, precisar-se-ão os mecanismos pelos quais este novel patrimônio econômico veio a se afirmar no ordenamento, para então encontrar, na experiên-

[1] Cf. Allison Christians. "Tax activists and the global movement for development through transparency". *Law and development*. Yariv Brauner e Mirand Stewart (eds.). Cheltenham: Edward Elgar, pp. 2-13.

cia anglo-saxônica, a referência conceitual que lhe deu seus contornos. Esclarecidas a lógica e as características fundamentais deste novo conceito de patrimônio criado pelo legislador de 2007, o artigo tomará, ao final, o exemplo do arrendamento mercantil, sintomático do descolamento entre a noção de patrimônio e o conjunto de direitos e obrigações reconhecidos pela legislação privada, de modo a inspirar a reconsideração do caminho que se prenuncia, conferindo à nova Contabilidade o mérito de melhor refletir a realidade econômica a qual, afinal, não deixa de ser o substrato sobre o qual recai a tributação.

1. Do Patrimônio Civil ao Patrimônio Econômico

Se hoje é seguro afirmar ser descabido falar em patrimônio societário apurado segundo os conceitos de Direito Civil, dado não mais trazerem as demonstrações financeiras mera universalidade de direitos e obrigações (civis), não há dúvidas de que, em uma perspectiva histórica, obrigava-se a Contabilidade, sob notória influência da legislação fiscal, a dobrar-se ao conceito de patrimônio acolhido pelo Direito Civil.

De fato, até a edição da Lei nº 11.638/2007, a movimentação patrimonial de uma empresa era apurada a partir dos critérios do Direito Civil: acréscimo patrimonial, sob uma perspectiva contábil ou societária, implicaria a aquisição de um direito novo. Afinal, se patrimônio, segundo a legislação civil, nada mais é que uma universalidade de direitos e obrigações, então não haveria como se considerar, para fins societários, fenômenos que não fossem percebidos pelo Direito Civil. Daí a perfeita harmonia então existente entre a Contabilidade Societária e a tributação, valendo-se esta da última, com pequenas alterações.

Evidência da hegemonia do conceito civil de patrimônio se encontra, na posição de Comparato, a quem causava imediata repulsa, em 1987, um certo "movimento reivindicatório oriundo dos EUA", que, irrompido entre os contabilistas, propunha, sob a máxima da "prevalência da substância sobre a forma", o "afastamento de aparências jurídicas diante da realidade econômica"[2]. Reputando a ciência contábil como "de segundo grau" ante o Direito, considerava o autor que a qualificação jurídica seria "componente objetivo indissociável de todo dado econômico", não havendo como desligar o último do ordenamento jurídico, que, para todos os fins, o qualificaria. Poderia o contador, apoiado em evidências documentais, interpretar o fato econômico "desta ou daquela maneira", conquanto não se afastasse da "qualificação jurídica que resulta da própria lei"[3].

O raciocínio daquele autor, inadmitindo veementemente a consideração, quando da avaliação patrimonial contábil, de qualquer realidade econômica desvinculada de conceitos trazidos pela legislação civil, é revelador das dificuldades historicamente enfrentadas pela ciência contábil no Brasil.

Com efeito, muito embora aventada para traduzir, em números e demonstrações, fatos a ocorrer e repercutir na vida econômica da empresa, acabava a Contabilidade por se ver amarrada a critérios que, atados a conceitos de Direito Civil, vinham em prejuízo de seus próprios objetivos e, destarte, dos acionistas, interessados que estavam em avaliar a realidade econômica de seu investimento.

Noutras palavras, ante as limitações que lhe eram impostas pela legislação civil e seu conceito próprio de patrimônio, acanhava-se a contabilidade ao tentar registrar a efetiva condição financeira da empresa, deixando de refletir com fidelidade a situação de mercado da circunstância que se propusesse a avaliar.

Não por outra razão, Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Gelbcke, embora já encontrassem, no padrão contábil anterior, o objetivo de avaliar a "situação econômica e financeira da empresa", reconheciam existir naquele "um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio", os quais, não raro, poderiam "deixar de retratar a essência econômica". No raciocínio dos autores, as circunstâncias onde deveria a Contabilidade, na persecução de seus objetivos, seguir "a essência ao invés da forma", apareciam pintadas com certa excepcionalidade, como a admitir as amarras que poderia encontrar a ciência contábil na noção de patrimônio presente na legislação civil[4].

[2] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. "O irredentismo da nova Contabilidade e as operações de *leasing*". *Revista de Direito Mercantil* nº 68. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 1987, p. 50.

[3] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. "O irredentismo da nova Contabilidade e as operações de *leasing*". *Op. cit.*, p. 51.

[4] Cf. IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto. *Manual de*

Não é difícil imaginar, assim, as dificuldades que especialmente enfrentavam os investidores estrangeiros. Buscando avaliar a situação financeira de seus interesses no País, deparavam-se eles com demonstrações preocupadas em refletir apenas a titularidade de bens e direitos chancelada pelo Direito Civil brasileiro, o qual, além de lhes ser estranho, não mantinha necessário compromisso com a realidade negocial e econômica da empresa.

De fato, já há muito os parâmetros internacionais da Contabilidade haviam deixado de ver no balanço mero inventário de direitos e obrigações da empresa. Antes de se investigar a titularidade (jurídica) do bem, exigia-se que se retratasse a forma como a empresa geraria seus resultados.

O mercado, contudo, logo revelaria o vácuo que o aprisionamento da Contabilidade fazia sentir. Investidores, iludidos pelos números que a Contabilidade apresentava, empenhavam recursos em negócios sem condições de prosperar. Perdia-se, aos poucos, um dos mais preciosos requisitos de funcionamento do mercado: a informação. Poucos privilegiados conheciam as reais condições da empresa, enquanto a maioria de investidores ou credores em geral se viam fiar em dados apurados segundo o mais apurado rigor científico, mas já descolados da realidade econômica que subjazia.

Um exemplo pode evidenciar o descolamento entre as exigências legais então vigentes e as demandas dos investidores. Se uma empresa de aviação utilizasse aeronaves de terceiros, por meio de contratos de arrendamento, seu balanço não indicaria a existência daquelas aeronaves. O investidor ficaria, pois, perplexo, já que não saberia como seria possível a empresa vir a ter resultados positivos no futuro se sequer podia contar com aeronaves. Ao investidor, seria muito mais interessante saber que posto não ser a proprietária das aeronaves, a empresa deteria contratos suficientes para assegurar que as aeronaves estariam a sua disposição por algum tempo, o que asseguraria a continuidade das operações.

É em tal cenário que se deve compreender o impacto trazido pela Lei nº 11.638, que, editada em dezembro de 2007, representou uma mudança de direção da legislação societária. Seguindo tendência que já se verificava em outros mercados, também o legislador brasileiro se viu forçado a oferecer ao mercado a necessária transparência da realidade econômica.

Resgatou-se, naquele momento, o papel da Contabilidade, não mais adstrita a conceitos civis e formas jurídicas, mas protagonista na legislação de mercado de capitais. Às demonstrações financeiras, reservava-se doravante um papel de guia acerca da situação econômica do negócio. Importava aos investidores e ao mercado em geral conhecer a efetiva viabilidade do negócio, seus percalços e oportunidades. Abandonava-se, em síntese, o formalismo, passando-se a introduzir uma avaliação econômica do negócio.

A Contabilidade seguiu, assim, rumo próprio, retomando seu papel de veículo de informação econômica ao mercado e se desvinculando das amarras do Direito Civil. É dizer, nas palavras de Elidie Bifano, que a Lei nº 11.638/2007 consagrou a "distinção entre os princípios que norteiam as relações econômicas, para fins de registro contábil, e aqueles que norteiam as relações jurídicas, na atividade empresarial"[5].

Não mais ligada aos parâmetros da avaliação do patrimônio segundo os conceitos de Direito Civil, passou a Lei nº 11.638/2007 a contemplar uma visão econômica da evolução patrimonial da sociedade empresarial, filiando-se aos padrões internacionais de contabilidade, sobretudo aqueles do *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

Estes, emitidos por entidade técnica (o *International Accounting Standards Board* - Iasb) voltada, ela mesma, à convergência internacional dos princípios contábeis face à necessidade de se exprimir a realidade empresarial sob uma linguagem comum, não encontraram menção expressa no corpo da lei, que apenas traz referência aos "padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários". Não parece haver dúvidas, contudo, ter o IFRS assumido tal condição, notadamente após *o Norwalk Agreement,* firmando entre o Iasb e o *Financial Accounting Standards Board* (Fasb) norte-americano, ter formalizado o comprometimento do último em convergir aos trabalhos do primeiro.

[5] Cf. BIFANO, Elidie Palma. "Aspectos contábeis da Lei nº 11.638/09: reflexos legais". Sergio André Rocha (coord.). *Direito Tributário, Societário e a reforma da Lei das S/A.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 56.

E o Iasb, é importante ver, ao traçar as linhas conceituais do IFRS[6], não apenas esclarece ser o objetivo primordial das demonstrações financeiras apresentar informações úteis aos investidores e credores[7], como também atesta que o reconhecimento do patrimônio contábil não deve tomar por referência a forma legal, mas antes preocupar-se em refletir a substância e a realidade econômica subjacentes[8].

Em verdade, vê o Iasb na máxima do *substance over form* parte inseparável da *faithful representation,* tida por uma das características qualitativas fundamentais da informação que cabe à contabilidade apresentar ao mercado; representar, aos investidores, forma legal diversa da "substância econômica do fenômeno econômico subjacente" seria negar uma representação que se pretendesse fidedigna[9].

Não causa surpresa, assim, que Alexsandro Broedel, tomando por "essencial que as demonstrações reflitam a realidade econômica subjacente", reconheça que "o modelo contábil emanado pelo IFRS preza inicialmente pela representação da essência econômica e não da forma jurídica"[10]. No mesmo sentido, Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Gelbcke, agora já à luz da nova disciplina legal, entendem como "a maior modificação" trazida por esta "a introdução, de maneira clara, da figura da Primazia da Essência sobre a

6 Cf. "International Accounting Standards Board". *Conceptual framework for financial reporting 2010.* Londres, IFRS Foundation Publications Department, 2010.

7 "The objective of general purpose financial reporting is to provide financial information about the reporting entity that is useful to existing and potential investors, lenders and other creditors in making decisions about providing resources to the entity." Cf. "International Accounting Standards Board". *Op. cit.,* parágrafo OB2.

8 "In assessing whether an item meets the definition of an asset, liability or equity, attention needs to be given to its underlying substance and economic reality and not merely its legal form." Cf. "International Accounting Standards Board". *Op. cit.,* parágrafo 4.6.

9 "Faithful representation means that financial information represents the substance of an economic phenomenon rather than merely representing its legal form. Representing a legal form that differs from the economic substance of the underlying economic phenomenon could not result in a faithful representation." Cf. "International Accounting Standards Board". *Op. cit.,* parágrafo BC 3.26.

10 Cf. LOPES, Alexsandro Broedel. "A 'política de balanço' e o novo ordenamento contábil brasileiro das companhias abertas. *In:* Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).* V. 2. São Paulo: Dialética, 2011, p. 15.

Forma", que, embora inserido, "de passagem", na Deliberação CVM nº 29/1986, não possuía as feições "de um 'princípio' propriamente dito"[11]. Nas palavras de João Bianco, o princípio, por assim dizer, "existia mas não era obedecido"[12].

Vale ressaltar, neste ponto, não se estar a sugerir que conceitos contábeis seriam supralegais, *i.e.,* que categorias trazidas pelo legislador não possam ousar contrariar a pureza da ciência contábil, livre para dispor a contento. Muito pelo contrário, o espaço para a atuação da Contabilidade, trazendo um conceito de patrimônio próprio, foi traçado pelo próprio legislador, que, em 2007, fez incluir um parágrafo 5º no artigo 177 da Lei nº 6.404/1976.

Este, por sua vez, determina que as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), destinadas a regulamentar a elaboração das demonstrações financeiras, "deverão ser elaboradas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários". Daí a legitimidade, no ordenamento, das disposições do IFRS, bem como o fundamento de validade deste novel patrimônio contábil, agora econômico, que surge.

Com efeito, já em 2008, as propostas conceituais daquele órgão internacional encontraram acolhida no ordenamento brasileiro pelas mãos da CVM, que, na Deliberação nº 539, aprovou o Pronunciamento Conceitual Básico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), a quem cabe editar pronunciamentos com o intuito de harmonizar as normas de escrituração contábil brasileiras com as aquelas usualmente adotadas na prática internacional.

Elaborado a partir do *Conceptual Framework* emitido pelo Iasb, o CPC Conceitual Básico incorpora, em seu parágrafo 35, a noção segundo a qual, "para que a informação represente adequadamente as transações e outros eventos que ela se propõe a representar, é necessário que essas transações e eventos sejam contabilizados e

11 Cf. IUDÍCIBUS, Sérgio de.; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto. *Suplemento do manual de Contabilidade das sociedades por ações.* São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

12 Cf. BIANCO, João Francisco. "Aparência econômica e natureza jurídica". *In:* Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).* V. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 177.

apresentados de acordo com a sua substância e realidade econômica, e não meramente sua forma legal", sendo certo que "a essência das transações ou outros eventos nem sempre é consistente com o que aparenta ser com base na sua forma legal ou artificialmente produzida".

A ideia de "forma legal", oposta à "substância", não se confunde com a figura da simulação (*sham transaction*): não é o caso de se investigar uma "verdade", que se esconderia sob roupagem jurídica que disfarçaria a causa do contrato separado. Ao contrário, a Contabilidade não nega a natureza jurídica dos contratos celebrados; simplesmente, despreza-a, visto que já não importam os negócios jurídicos, mas sim sua relevância econômica. Retomando o exemplo da companhia aérea, pouco interessa se aeronaves estão à sua disposição porque foram adquiridas ou locadas. Conquanto os títulos jurídicos sejam diversos, o relevante é a informação de que as aeronaves poderão ser por ela livremente utilizadas em sua operação.

Compreensível, destarte, que, com a mudança de paradigmas da legislação societária, o próprio conceito de patrimônio acabe por ganhar novas cores: ao lado do patrimônio civil (conjunto de direitos e obrigações), surge um novo patrimônio, agora econômico, em que já não importam os negócios jurídicos à luz do Direito privado, mas a essência econômica subjacente.

Permanecesse a Contabilidade tomando por referência, quando da demonstração do patrimônio, os conceitos de Direito Civil, despicienda teria sido a reforma. E esta, para longe de ter tido qualquer consideração para com o Direito Civil, reconheceu à Contabilidade a autonomia que lhe cabe enquanto ciência, livre das definições impostas por legislações de qualquer sorte.

Lembram Alexsandro Broedel e Roberto Quiroga Mosquera, a este respeito, que cada ciência, tendo seu respectivo destinatário final, guarda conteúdo, lógica e métodos próprios; tendo a contabilidade societária por destinatários o acionista e o credor da empresa, haverá que se reconhecer que "nem sempre o registro contábil refletirá o que a norma jurídica dispõe ou revela"[13]. É ao que se refere

[13] Cf. LOPES, Alexsandro Broedel; e MOSQUERA, Roberto Quiroga. "Apresentação". *In:* Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. V. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 11.

Karem Jureidini Dias quando afirma que, pertencendo a ciência contábil e o direito positivo a esferas distintas e independentes, um mesmo dado fático pode ser conhecido diversamente por um e por outro, uma vez que o processo de conhecimento pauta-se por pressupostos distintos em cada uma das esferas[14].

Parece ter o legislador bem percebido as limitações traçadas à Contabilidade com a vinculação que lhe era imposta aos conceitos trazidos pela legislação civil e suas categorias próprias. Redimiu-se, então, com a edição da Lei nº 11.638/2007, a partir da qual não foi mais possível falar, mesmo de uma perspectiva de Direito privado, em um único conceito de patrimônio.

Este, ao lado do conceito clássico, dado pelo Direito Civil, exigindo o cômputo de todos os direitos e obrigações, ganhou nova dimensão, com o avanço da Contabilidade, que passa a ter em conta a realidade econômica. Já não interessa, como visto no exemplo da companhia aérea, se um bem foi adquirido ou alugado por longo prazo: as novas normas contábeis exigem que se reconheça o direito a sua fruição, independentemente da natureza do vínculo jurídico. Já não mais importa saber se a companhia aérea tem patrimônio (civil) suficiente para suportar suas dívidas, em caso de falência. O que se quer saber é como a empresa pretende sobreviver, *i.e.,* de quantas aeronaves a entidade dispõe (exerce controle) para girar o seu negócio.

Noutras palavras, o reconhecimento de um ativo, para a Contabilidade, deixa de perquirir a existência ou não de um direito novo sob a perspectiva do Direito Civil, bastando encontrar, naquele, um simples potencial para a geração de riqueza, consoante se vê na definição trazida pelo Iasb, onde o ativo surge enquanto recurso controlado pela entidade em razão de "eventos passados" e a partir do qual se espera obter "benefícios econômicos futuros"[15].

[14] Cf. DIAS, Karem Jureidini. "O ágio e a intertextualidade normativa". *In:* Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. V. 2. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 86 e ss.

[15] "An asset is a resource controlled by the entity as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the entity." Cf. "International Accounting Standards Board". *Op. cit.*, parágrafo 4.4.

Em consonância com o quanto proposto pelo IFRS, esclarece o parágrafo 51 do Pronunciamento Conceitual Básico do CPC que o reconhecimento de um ativo deve ter por parâmetro "a sua essência e realidade econômica e não apenas sua forma legal", aduzindo-se, adiante, que "o benefício econômico futuro embutido em um ativo é o seu potencial em contribuir, direta ou indiretamente, para o fluxo de caixa ou equivalentes de caixa para a entidade". Toma a Contabilidade por referência, assim, não mais o quanto definido em Direito Civil, ocupado a disciplinar a relação entre agentes privados, mas a existência de controle suficiente sobre determinado bem ou direito a permitir que tragam estes proveito econômico à entidade.

Ora, se no cenário descortinado pelo advento da Lei nº 11.638/2007, as demonstrações financeiras passam, declaradamente, a ter por destinatários os investidores, nada mais coerente que aquelas reflitam todos os itens à disposição da empresa que, apresentando potencial para a geração de riqueza, sejam do interesse destes. Afinal, reconhecendo-se, com Lamy Filho e Bulhões Pedreira, ter a empresa por finalidade "realizar lucro a ser distribuído aos acionistas"[16], pouco importa aos investidores, diante da potencialidade que determinado bem ou direito sob o controle da companhia tem para a criação de proveitos e utilidades econômicas, a sua titularidade jurídica perante o Direito Civil.

Louvável, então, o arrojo do Iasb, recebido e acompanhado pelo CPC e CVM brasileiros, havendo por bem afastar, na composição do patrimônio contábil, a influência do Direito Civil. Este, confundindo o patrimônio com simples universalidade de direitos e obrigações (civis), acabava por ignorar bens e direitos que, embora à disposição da empresa e contribuindo para a finalidade lucrativa desta, não se encontravam sob sua propriedade, conforme esta vinha definida pela legislação civil.

Fica clara, assim, na reforma de 2007, a homenagem do legislador ao interesse legítimo daqueles que procuram, no mercado, investir seus recursos em empreendimentos que, atendendo à sua finalidade lucrativa, tragam proveito econômico aos seus acionistas.

[16] Cf. LAMY FILHO, Alfredo; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. "Objeto social e autorização para funcionar". *In:* Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coords.). *Direito das companhias*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

Livre das definições impostas pela legislação civil ou mesmo tributária, foi possível à Contabilidade - ciência - afirmar-se, de modo que as demonstrações financeiras passassem a refletir a "realidade econômica" buscada pelos investidores.

No intuito de demonstrar aos acionistas o potencial da empresa para o lucro, nada mais natural que o reconhecimento de um ativo deixe de manter estrita vinculação com as feições jurídicas dadas ao negócio pela legislação civil - de resto, despreocupada com o substrato econômico das transações.

De fato, para longe de investigar a natureza jurídica das transações e as limitações daí derivadas, a composição deste novel patrimônio contábil econômico passa a ter em conta o simples potencial que determinado bem ou direito, estando à disposição, a qualquer título - que, agora, aparece irrelevante -, da empresa, tem para a geração de riqueza, finalidade última da atividade empresarial.

Apenas a partir de tal parâmetro é que poderá o usuário da ontabilidade societária bem compreender a real situação econômica da empresa, avaliando, a partir daí, as suas perspectivas.

Afinal, vale repisar, interessa ao acionista saber se o bem ou direito que a empresa tem à sua disposição possui ou não capacidade de gerar riqueza para o seu negócio, independentemente da titularidade que lhe atribui o Direito Civil. Acertam, então, Alexsandro Broedel e Roberto Quiroga ao asseverarem que "nem todo direito - do ponto de vista jurídico - será um ativo para a contabilidade"[17].

2. O Patrimônio Econômico e a *Beneficial Ownership*

É interessante notar que este novo patrimônio apresentado pela legislação societária, desvinculado de conceitos civis e preocupado em compreender todos os ativos que, à disposição da entidade, servem-lhe a gerar riqueza, encontra referencial teórico na experiência anglo-saxônica, inserida no âmbito da *common law*.

Explica-se a relação ao se considerar terem os IFRS partido daquele contexto. Como bem lembra Iudícibus, ao passo que "for-

[17] Cf. LOPES, Alexsandro Broedel; e MOSQUERA, Roberto Quiroga. "O Direito Contábil - fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações". *In:* Alexsandro Broedel e Roberto Quiroga Mosquera (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. V. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 79.

ma" e "essência" sempre foram mantidas em antagonismo em países de tradição romano-germânica (ou *civil law*), a "prevalência da essência sobre a forma", tomada por "primeira raiz profunda da Contabilidade e de sua teoria", não encontrou a mesma resistência dos "autores e reguladores anglo", que a formularam e apresentaram sob as mais variadas formas e títulos[18].

A constatação, em verdade, não traz surpresa quando se têm em vista as particularidades que cercam o conceito de patrimônio (*property*) naquele contexto. Com efeito, na tradição jurídica anglo-saxônica, a *property,* também correspondente a uma universalidade de bens e direitos, aparece associada à noção de *ownership*[19].

E a *ownership,* por sua vez, comporta segregação entre aquele que possui mera titularidade jurídica sobre o bem e um outro, que dela aproveita. De fato, esclarece o *Oxford Dictionary of Law* que uma pessoa pode ser tanto *legal* quanto *beneficial owner,* sendo certo, contudo, que a *legal ownership* pode vir separada da *beneficial (equitable) ownership,* correspondente ao direito de se utilizar o bem, deste fruindo e gozando[20].

Surge, assim, a figura do *beneficial owner,* que, fruindo de determinado bem, é tido por dele proprietário (*owner*) perante o direito anglo-saxão, embora a titularidade jurídica esteja em mãos de outrem. Veja-se, a este respeito, a definição que dela traz o tradicional *Black's Law Dictionary:* "one recognized in equity as the owner of something because the use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else"[21].

[18] Cf. IUDÍCIBUS, Sérgio de. "Essência sobre a forma e o valor justo: as duas faces da mesma moeda". *In:* Alexsandro Broedel e Roberto Quiroga Mosquera (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).* V. 1. São Paulo: Dialética, 2010, p. 465.

[19] Na dicção de Emerson e Hardwicke, "in law, property is a collection of rights and interests, generally associated with the idea of ownership". Cf. EMERSON, Robert; e HARDWICKE, John *Business law.* Nova York: Barron's Educational Series, 1997, p. 408.

[20] "A person may be both the legal and beneficial owner, or the legal ownership may be separate from the beneficial (equitable) ownership (*i.e.* the right to enjoy the property)." Cf. martin, Elizabeth (ed.). "Ownership" (verbete). *Oxford Dictionary of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 349.

[21] Cf. GARNER, Bryan (ed.). "Beneficial owner" (verbete). *A Black's Law Dictionary.* St. Paul: Thomsom West, 2004, p. 1.137.

Nota-se, nas definições expostas, que ante os poderes que outrem pode ter para usar e fruir de certo bem, a mera titularidade jurídica não é suficiente para assegurar a seu detentor a *ownership* exclusiva sobre aquele. Reconhecerá o *beneficial owner,* também, em sua *property,* a titularidade (*equitable ownership*) sobre o bem, dado tê-lo à disposição para benefício próprio.

Perceba-se que não se está a falar, aqui, de um nu-proprietário, despido de alguns dos atributos inerentes a sua propriedade, diante de um beneficiário que, embora detentor de poderes para gozar e usufruir daquela, não compartilha da titularidade, que permanece em mãos exclusivas do proprietário. Muito pelo contrário, afasta-se a *beneficial ownership* de figuras como o usufruto e que tais na medida em que é a própria propriedade, e não alguns de seus poderes, que aparece bipartida.

A noção de *beneficial ownership* espraiou-se mundialmente a partir de sua repetida inclusão, para fins fiscais, em acordos de bitributação, notadamente após sua adoção pela Convenção Modelo da OCDE de 1977[22]. Contudo, logo admitem Avery Jones, De Broe, Ellis, van Raad *et al* que a expressão encontra origem na legislação de países de *common law* (Reino Unido, Canadá e Austrália), onde disposições legais remotas já faziam distinguir, em títulos de transferência de glebas rurais, entre o *non-beneficial legal owner* e o *beneficial legal owner,* ao mesmo tempo em que uma distinção se fazia "in the law of equity between the legal ownership of the trustee and the equitable, or beneficial, ownership of the beneficiary"[23].

[22] A referência à *beneficial ownership* não constava da *Draft Convention* de 1963. A expressão, já constante de acordos celebrados pelo Reino Unido, veio aparecer no Modelo de 1977, sendo então adotada também pelo Modelo da ONU e pelo Modelo dos Estados Unidos. O seu escopo nos tratados é, ainda hoje, objeto de intenso debate na doutrina e no próprio âmbito da OCDE, que, em 2011, emitiu *Discussion Draft* com o intuito de clarificar o significado da expressão na Convenção Modelo. Embora muito se possa considerar sobre o tema, para o presente Parecer basta ver a afirmação de Schwarz, para quem o papel da cláusula e o propósito de sua inserção permanecem "obscuros". Cf. SCHWARZ, Jonathan, *Schwarz on tax treaties.* Londres: Wolters Kluwer, 2009, pp. 274-275.

[23] Cf. John F. Avery Jones, Luc De Broe, Maarten J. Ellis, Kees van Raad, Jean-Pierre Le Gall, Sanford H. Goldberg, Jürgen Killius, Guglielmo Maisto, Toshio Miyatake, Henri Torrione, Richard J. Vann, David A. Ward e Bertil Wiman. "The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States". *Bulletin for international taxation.* Amsterdã: IBFD, junho de 2006, p. 246.

Em estudo sobre o tema, Toit, esclarecendo ser a *beneficial ownership* uma *form of, or a degree of, ownership,* investiga o perfil da última no direito inglês[24]. Vê o autor, ali, ser a *ownership* uma efetiva *property right* sobre bens corpóreos ou incorpóreos, plenamente eficaz perante terceiros. Reconhecendo, então, ser a *beneficial ownership* parte daquela, própria de jurisdições que integram a *common law family,* Toit encontra no voto de Lord Diplock em *Ayerst (Inspector of Taxes) v. C&K (Construction) Ltd.* uma das definições mais arraigadas sobre o conceito, apresentado pelo magistrado como "a term of legal art, descriptive of the proprietary interest in its assets of a company"[25].

No caso, Diplock aponta o arquétipo do conceito de *ownership* - comportando a bipartição entre aquele que possui título jurídico sobre o bem e o outro, que frui de suas utilidades - na *trust law,* conforme engendrada pela Corte de Chancelaria:

> "My lords, the concept of legal ownership of property, which did not carry with it the right of the owner to enjoy the fruits of it or dispose of it for his own benefit, owed its origin to the Court of Chancery. The archetype is the trust. The 'legal ownership' of the trust property is in the trustee, but he holds it not for his own benefit but for the benefit of the cestui que trustent of beneficiaries. On the creation of a trust in the strict sense as it was developed by equity the full ownership in the trust property was split into two constituent elements, which became vested in different persons: the 'legal ownership' in the trustee, and what came to be called the 'beneficial ownership' in the cestui que trust."

O *trust,* instituto cuja origem pode ser encontrada nos países de tradição anglo-saxônica, é, com efeito, sintomático das peculiaridades subjacentes à noção de *ownership.* Diz-se, a esse respeito, que o *trust* é instituto único no sentido de ser considerado indispensável em metade do mundo, ao mesmo tempo em que é praticamente desconhecido na outra metade[26].

[24] Cf. TOIT, Charl P. du. *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties.* Amsterdã: IBFD, 1999, pp. 59 e ss.
[25] Cf. TOIT, Charl P. du. *Op. cit.,* p. 101.
[26] Cf. ROHATGI, Roy. *Basic international taxation.* Londres: Kluwer Law International, 2002, p. 625.

De fato, aponta-se o surgimento do *trust* a partir da distinção, naquele contexto, entre *common law e equity:* ao passo que na primeira, aplicada pelos tribunais comuns, a entrega de um bem não gerava, para o fiduciário, o dever de restituição (fazendo com que o negócio se baseasse exclusivamente na confiança), uma vez que este era tido como o único proprietário do bem (*legal right*), a *equity*[27], ministrada pela Corte da Chancelaria, comportava a exigibilidade da restituição - o transmitente, detentor de um direito lastreado na equidade (*equitable right*), poderia, dessa forma, apelar para a Corte com o propósito de coagir o *trustee* a devolver seus bens[28].

Reconheceu-se, assim, um desdobramento do direito de propriedade em um *legal right,* em mãos do *trustee,* e um *equitable right,* pertencente ao beneficiário. Deriva o *trust,* assim, da contraposição entre a propriedade jurídica do *trustee* (baseada na *common law*) e a propriedade econômica dos beneficiários (lastreada na *equity*). Ambos, de toda forma, *owners.*

Entretanto, a *beneficial ownership,* lembra Rohatgi, enraizada que está na *equity,* olha por trás do titular de um ativo (*owner of the title*) para encontrar o seu *true owner,* correspondente àquele que desfruta do bem[29]. Trata-se, assim, de legitimação que não deriva da mera titularidade jurídica, mas do controle que se exerce sobre determinado bem, tal como o reconheceu Harman L. J. em *Wood Preservation Ltd v. Prior* (*Inspector of Taxes*) ante o receio de seu colega Lord Donovan em apresentar uma definição exaustiva do conceito: "an ownership which is not merely the legal ownership by the mere fact of being on the register but the right at least to some extent to deal with the property as your own"[30].

Tendo em vista que a noção de *beneficial ownership* acaba por corresponder, como aponta Rowland, ao "bundle of rights required to allow enjoyment of an asset by the owner but falling short of, or

[27] Citando David, Toit esclarece ser a *equity* "a series of remedies which evolved mainly in the fifteenth and sixteenth centuries and applied by the court of the chancellor in order to complete, and occasionally correct, the common law. Today it forms an integral part of English law". Cf. TOIT, Charles P. du. *Op. cit.,* p. 112.
[28] Cf. GOMES, Orlando. *Contrato de fidúcia* (trust). *apud* WALD, Arnoldo. "Algumas considerações a respeito da utilização do 'trust' no Direito brasileiro". *Revista de Direito Mercantil* nº 99. São Paulo, RT, 1995, p. 109.
[29] Cf. ROHATGI, Roy. *Op. cit.,* p. 579.
[30] Cf. TOIT, Charles P. du. *Op. cit.,* p. 102.

distinct from, legal title"[31], não surpreende que a contabilidade internacional, convergindo para os IFRS, tenha acabado por prestigiar elementos econômicos em detrimento da mera titularidade jurídica.

Em verdade, para uma ciência desenvolvida para guiar investidores e o mercado em geral acerca da situação econômica da empresa, seria de nenhuma valia fiar-se no *legal title,* que, consoante se viu, sequer correspondendo à *ownership* em sua integralidade, pouco tem a dizer sobre quem exerce o efetivo controle sobre e aproveita os benefícios econômicos de determinado bem ou direito. Tais atributos, verdadeiros "testes" aplicados pelos tribunais estadunidenses para o reconhecimento da *beneficial ownership*[32], acabam em mãos do *beneficial owner,* que exerce inequívoco domínio sobre o bem, mas para quem a existência ou não de título jurídico é irrelevante.

A marcada distância entre as particularidades e complexidades da noção de *ownership* na experiência anglo-saxônica, diante das quais se desenvolveram os IFRS, permitem compreender a espécie causada em alguns pela introdução, através da Lei nº 11.638/2007, de um conceito de patrimônio a compreender conceitos econômicos despidos de suporte na legislação civil.

Afinal, se o Direito Civil, firme em reconhecer no patrimônio uma universalidade de direitos e obrigações, não admite seja computado, ali, qualquer elemento que não encontre lastro em algum título jurídico, o Código Civil reputa mero "possuidor" - e nunca efetivo proprietário, tal qual o *beneficial owner* - aquele que de fato use e goze da propriedade de outrem[33-34]. Daí a resistência, não rara, em reconhecer-se, enquanto ativo de uma pessoa jurídica, bem cuja propriedade nunca lhe foi transmitida mediante as categorias próprias do Direito Civil.

Nada obstante, o quanto já exposto permite ver que a Lei nº 11.638/2007, abraçando os "padrões internacionais de contabilidade

[31] Cf. ROWLAND, Amanda. "Beneficial ownership in a corporate context: what is it? When is it lost? Where does it go?". *British tax review* nº 3. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 1997, p. 186.

[32] Cf. TOIT, Charles P. du. *Op. cit.,* pp. 117 e ss.

[33] "Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

[34] "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

adotados nos principais mercados de valores mobiliários", acabou por abandonar a avaliação do fenômeno empresarial a partir de conceitos civis.

Trazendo para o bojo da Contabilidade Societária brasileira os conceitos próprios do IFRS, desenvolvidos sob a influência do Direito anglo-saxônico, que lhes explica a sua lógica, este novo conceito de patrimônio criado pelo legislador de 2007, preocupado em compreender todos os bens e direitos que, à disposição da empresa por qualquer título, contribuem para a sua finalidade lucrativa, não toma conhecimento das categorias e limitações próprias do Direito Civil.

3. Um Caso Emblemático: o Arrendamento Mercantil entre a Propriedade Econômica e a Locação

Paradigmático, deste novel patrimônio societário, o caso do arrendamento mercantil: embora a propriedade (civil) do bem seja de terceiros (e por isso, civilmente, não se possa dizer que o bem pertence ao particular), seu uso econômico exclusivo faz com que se admita, econômica e, portanto, societariamente, uma "propriedade econômica", reconhecida como tal contabilmente. Retomando o exemplo da companhia aérea, dir-se-á que os aviões arrendados de terceiros passam a constar de seu ativo, ao passo que o compromisso de aluguel nada mais é que um passivo relacionado àquela operação.

É importante ter em mente que, para os novos padrões contábeis, não é relevante a propriedade, ou mesmo a intenção de adquirir. Essa pergunta - a quem pertence o bem - é simplesmente irrelevante. A pergunta que se faz é de outro jaez: com que bens conta a empresa para atingir seu objeto social? A partir daí, um bem que esteja sob seu controle duradouro deverá ser considerado seu ativo.

Com efeito, o arrendamento mercantil já vem referido pelo próprio Pronunciamento Conceitual Básico, o qual, incorporando o quanto disposto pelo *Conceptual Framework* do Iasb[35], traz, em seu

[35] "(...) in the case of finance leases, the substance and economic reality are that the lessee acquires the economic benefits of the use of the leased asset for the major part of its useful life in return for entering into an obligation to pay for that right an amount approximating to the fair value of the asset and the related finance charge. Hence, the finance lease gives rise to items that satisfy the definition of an asset and a liability and are recognised as such in the lessee's balance sheet." Cf. "Internatio-

parágrafo 51, que, sob determinadas condições (naquelas em que a contabilidade enxergar um arrendamento que diz "financeiro"), haverá de se reconhecer um ativo no patrimônio do arrendatário, ainda que a propriedade daquele não lhe seja transferida; importam, antes, "a essência e a realidade econômica", a indicar que "o arrendatário adquire os benefícios econômicos do uso do ativo arrendado pela maior parte da sua vida útil".

E o Pronunciamento Técnico 06 do CPC, "aplicado na contabilização de todas as operações de arrendamento mercantil" - entendidas, ali, como aquelas em que "o arrendador transmite ao arrendatário em troca de um pagamento ou série de pagamentos o direito de usar um ativo por um período de tempo acordado" - toma por "arrendamento mercantil financeiro" aquele "em que há transferência substancial dos riscos e benefícios inerentes à propriedade de um ativo", sendo que o "título de propriedade pode ou não vir a ser transferido".

Tem-se, nessa medida, que, para a Contabilidade, em qualquer operação onde um arrendador transmitir a um arrendatário o direito de usar um ativo por determinado período de tempo e tal se fizer acompanhar pela transferência dos benefícios inerentes à propriedade daquele, ter-se-á um arrendamento mercantil que ela diz "financeiro", dando azo ao reconhecimento, no patrimônio - econômico - do arrendatário, de um ativo, ainda que a propriedade (civil) deste não lhe seja transferida pela forma contratual adota.

O título jurídico é irrelevante para a composição do patrimônio societário, despreocupado com conceitos da legislação civil. É natural que o próprio Pronunciamento Técnico 06 traga que, para fins contábeis, a "classificação de um arrendamento mercantil financeiro" - a contabilidade toma todos os demais por "operacionais" - "depende da essência da transação e não da forma do contrato".

Assim é que, qualquer que seja a natureza jurídica do contrato mediante o qual determinado bem foi colocado à disposição de alguém - conceitos civis, aqui, deixaram de ser relevantes -, a contabilização de uma operação, nos termos do Pronunciamento Técnico 06, como um "arrendamento mercantil financeiro", serve ao propósito de compor o patrimônio econômico inaugurado pela Lei nº 11.638/2007.

nal Accounting Standards Board, Conceptual framework for financial reporting 2010". Londres: IFRS Foundation Publications Department, 2010, parágrafo 4.6.

É importante esclarecer que o "arrendamento mercantil financeiro" vai ser reconhecido toda vez em que os requisitos acima se virem preenchidos. Pouco importa, insisto, a relação jurídica que subjaz.

Emblemático, portanto, é ver que em virtude da irrelevância dos aspectos jurídicos, a Contabilidade não se limitará a tomar por "arrendamento mercantil" apenas aquele contrato com igual nome, que trata da Lei nº 6.099/1974 (o *leasing*). Claro que o *leasing,* por se revestir das características econômicas descritas acima - transferência de riscos e colocação à disposição da empresa por qualquer título, gerando-lhe riqueza, contribuindo para a sua finalidade lucrativa - certamente poderá ser, economicamente, considerado um "arrendamento mercantil" nos termos do Pronunciamento Técnico 06 e, neste sentido, exigirá a contabilização dos bens arredados entre os ativos da empresa.

Entretanto, nada impede que receba igual tratamento contábil outro contrato de locação, que não satisfaça todos os requisitos da mesma Lei nº 6.099/1974, e portanto juridicamente não mereça a denominação de "arrendamento mercantil". É isto que explica que o chamado "*leasing* operacional", que não está na Lei nº 6.099/1974, seja, para efeitos contábeis, tratado como "arrendamento mercantil financeiro", quando atende aquelas exigências. Insiste-se: pouco interessa o título pelo qual o bem está na posse da pessoa jurídica; se esta mantém controle sobre o bem que contribui para seu resultado, está-se diante de um ativo.

Em síntese, o que se verifica é que o mesmo signo - "arrendamento mercantil financeiro" - é empregado com significados diversos pela legislação tributária e pela Contabilidade. A primeira, a ele se refere para designar uma forma contratual típica integralmente disciplinada pela Lei nº 6.099/1974. Não se preenchendo os requisitos ali estabelecidos, não é este o contrato. O mesmo signo é empregado pelo Pronunciamento Técnico 06 para designar uma realidade econômica que, independentemente do preenchimento de requisitos legais, põe à disposição da empresa determinados ativos, transferindo-lhe substancialmente os riscos a eles inerentes.

Ou seja: tivesse o Pronunciamento Técnico 06 usado outro signo para designar o referido conceito contábil, mantendo, entretanto, sua definição, então tanto o arrendamento financeiro de que trata a Lei nº 6.099/1974 quanto o arrendamento dito "operacional" ali se enquadrariam, recebendo, ambos, o mesmo tratamento contábil (ativo colocado à disposição), sem que por isso se pretendesse que pudessem ambas as figuras se confundir, do ponto de vista jurídico.

O que ocorreu foi, justamente, o fato de o Pronunciamento Técnico tomar de empréstimo um signo que também é usado na linguagem jurídica, para abarcar ambos os contratos. A circunstância de a Contabilidade designar "arrendamento mercantil financeiro", insisto, em nada altera sua natureza jurídica, de resto irrelevante para a primeira.

4. Considerações Finais

Editada a Lei nº 11.638/2007, pôde a Contabilidade se desvincular, em definitivo, das formas de Direito Civil. Se o legislador tributário, ora debruçado sobre a conversão da Medida Provisória nº 627/2013, ainda parece receoso de se afastar de critérios que lhe foram historicamente confiáveis, dúvidas não restam de que o patrimônio contábil já não mantém correspondência com aquele enfrentado pelo legislador que, em 1977, editou o Decreto-lei nº 1.598.

De fato, seguiu a Contabilidade sua vocação para orientar investidores acerca das circunstâncias econômicas de seus investimentos, ignorando - não negando - os critérios de Direito Civil e buscando nos IFRS e sua *ownership* anglo-saxônica a marca essencial deste novo patrimônio econômico: a disposição, a qualquer título, sobre bens que contribuem para a finalidade lucrativa da empresa.

O exemplo do arrendamento mercantil é paradigmático para mostrar que a Contabilidade exige que se reconheça como ativo item que claramente não constitui propriedade. A irrelevância da forma jurídica é evidenciada pelo fato de o Pronunciamento Técnico 06 impor a contabilização, enquanto "arrendamento mercantil financeiro", de figura diversa daquela que vem disciplinada, sob igual denominação, pela Lei nº 6.099/1974.

Despida a Contabilidade das amarras da forma jurídica, torna-se desafio para o Direito Tributário aceitar, ou não, a nova forma de apuração do patrimônio. A Medida Provisória nº 627/2013 revela o

temor do Executivo pela mudança, preferindo manter a tributação vinculada às formas de Direito Civil antes que à realidade econômica. Fica latente, diante de tal posição conservadora, o clamor por revisão, para que se afaste de vez o distanciamento entre resultados contábeis e tributos recolhidos. Essa medida urge para que a tributação deixe de ser assunto abstrato, afastado da compreensão do povo. Afinal, é este que, em última instância, arca com seu custo, sendo fundamental dar-lhe uma justificativa do montante que se exige.