

# Revista de Direito Tributário



Revista  
de Direito  
Tributário



ANO 10

OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1986

N.º 38

IMPOSTO DE RENDA — CAPACIDADE CONTRIBUTIVA — APARÊNCIA DE RIQUEZA — RIQUEZA FICTICIA — “RENDA” ESCRITURAL — INTRIBUTABILIDADE DE CORREÇÕES MONETÁRIAS

GERALDO ATALIBA  
CLÉBER GIARDINO

Parer — 1. Introdução — 2. Considerações gerais — 3. Capacidade contributiva e tributação — 4. Importância da noção — 5. Não tributação de riqueza aparente — a) Capacidade contributiva e materialidade da hipótese de incidência — b) Cuidado doutrinário específico do tema — 6. Base de cálculo — 7. O caso concreto — a) A legislação das ORTN — b) Tributação dos desgãos — c) Intributabilidade das diferenças de valor nominal das atualizações das ORTNs — d) Natureza jurídica das ORTNs — Dívida de dinheiro e dívida de valor — 8. Síntese conclusiva.

CADERNOS DE DIREITO TRIBUTARIO

PARER

1. INTRODUÇÃO

A consultante aplicava parte de suas disponibilidades financeiras em ORTN — não como sentido de realizar negócios ou investimentos rentáveis, mas simplesmente para preservar o valor de seu capital, mantendo-o íntegro. Ao fazer evidentemente, não estava pretendendo lucros. É óbvio que, quando, num negócio, só o que se obtém é a correção do valor do dinheiro invertido (e, pois, há máximo a reposição do capital) não seria inteligente, por esta forma, pretender estar “fazendo investimentos”.

As pessoas que desejassem realizar negócios lucrativos haveriam de aplicar em dólar, ouro, outros títulos, na própria bolsa de valores etc.

Estas aplicações foram sempre feitas na absoluta confiança de que a legislação existente seria integralmente respeitada e observada nas suas exigências formais e substanciais. Em outras palavras: exatamente porque não havia a necessidade de preservar o valor de seu capital, mantendo-o íntegro. Ao fazer evidentemente, não estava pretendendo lucros. É óbvio que, quando, num negócio, só o que se obtém é a correção do valor do dinheiro invertido (e, pois, há máximo a reposição do capital) não seria inteligente, por esta forma, pretender estar “fazendo investimentos”.

Sobretudo, e surpreendida (a consultante) com uma interpretação absolutamente fiscalista no sentido de que as operações de aplicação de dinheiro em ORTN são tributáveis pelo imposto de renda. Daí a sua perplexidade.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O princípio prevalecente, até 1964, era o da imutabilidade do valor de contratos, negócios e outras quaisquer espécies de atos econômicos ou transações. Apenas revisão consensual da convenção original, pelos interessados, poderia determinar, por via de aditamentos a tais contratos, negócios, etc., alterações do valor em que originalmente traduzidos. Era excepcional — e, mesmo assim, só judicialmente apreciável — a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Em 1964, a lei 4.357 introduziu novo conceito no sistema jurídico brasileiro, prevendo a **revisão automática**, em certas situações, da expressão monetária desses atos, negócios, contratos, etc. A primeira situação alcançada por tal processo (de revisão automática) foi a relativa aos débitos fiscais (art. 7.º) que imediatamente passaram a sujeitar-se a um processo de atualização de seu valor, em períodos trimestrais.

Parece inquestionável que a introdução do princípio da “atualização automática” decorreu da verificação de índices inflacionários crescentes, de tal modo que a preservação do valor original dos atos jurídicos, negócios, situações, contratos, etc., acabava por provocar mutações economicamente injustas para as partes interessadas, desequilibrando sua posição isonômica original.

O desgaste do poder aquisitivo da moeda, portanto, obrigou o legislador a deter-se sobre essa situação. Previu, assim, um mecanismo legal de retificação dessa anomalia: e o critério adotado na lei 4.357 — para aplicação desde logo, aos créditos fiscais, e a partir daí servindo como fórmula de reajustes para uma variedade enorme de situações — foi o de promover a revisão dos valores orientados sobre base num padrão básico de atualização, aplicável por excelência a um título público criado na ocasião e designado “Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional” (LEI Nº 4.357, art. 7.º).

Em outras palavras, a lei 4.357 previu, por primeira vez no sistema jurídico brasileiro, o surgimento de um título público cujo valor nominal ficaria permanentemente sujeito a revisão de modo a refletir, sempre, sua expressão monetária atualizada, em função da variação do poder aquisitivo da moeda ocorrida em dado período. Via de adiantamentos a tais contratos, negócios, etc., alterações do valor. Ora, o padrão de reajuste monetário imputado a esse título federal (ORTN) (quando sua esfera de aplicação sucessivamente alargada, a tal ponto que, num determinado momento, tomou-se possível afirmar na economia brasileira como completamente indexada, vale dizer, sujeita a um processo generalizado de revisão de valores, aos economicamente relevantes, a por efeito da variação do valor monetário da moeda decorrente das inflações fiscais (art. 7.º) que imediatamente precedeu o fenômeno —) persistentemente presente na economia brasileira, a partir de 1964 — de o valor dos atos, negócios e contratos realizados traduzir-se em quantidades crescentes de moedas durante o período de eficácia da transação, em função da atualização periódica desses montantes; ou sua “correção monetária”, que ora na sequência dessas ideias, é possível afirmar: que essa quantidade nova de moeda — periodicamente acrescida ao valor original das transações — não representou em nenhuma caso (nem poderia representar) ganho, renda, rendimento, ou lucro para qualquer das partes envolvidas no ato ou negócio a que o novo princípio legal introduzido em 1964 foi aplicado como visto, simplesmente a manutenção, absolutamente íntegra, da grandeza econômica original dos negócios, situações, atos ou contratos objeto dessas atualizações monetárias. Nele não houve, portanto, qualquer alteração de valor econômico, ou seja, de riqueza em si. A grandeza enorme de situações — foi o de promover a revisão dos valores orientados sobre base num padrão básico de atualização, aplicável por excelência a um título público criado na ocasião e designado “Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional” (LEI Nº 4.357, art. 7.º).

não se buscou, de modo nenhum, ensejar proveitos ou detrimientos econômicos para ninguém. Daí não se poder falar em ganho ou perda, lucros ou prejuízos para nenhuma das partes interessadas quando — por força de correção monetária — reviam-se valores contratuais ou negociais como acima exposto.

Na verdade, a filosofia, inspiração e motivação que conduziu o legislador a adotar o chamado "princípio da revisão automática" — que acabou sendo institucionalizada por via do padrão consagrado no título público designado ORTN — foi o da preservação do mesmo e idêntico conteúdo econômico das transações que passaram a se submeter, ex vi legis ou por efeito de convenções privadas à aplicação do novo critério. Isso autoriza tranquilamente a reconhecer a incoerência de rendimentos nessas situações e, ipso facto — seja qual for o ângulo sob que se considere a questão — a inviabilidade de cogitação de incidência do imposto sobre a renda nesses casos.

Sempre se buscou, por aplicação desse mecanismo, em uma palavra, a conservação do statu quo ante; sempre se procurou manter íntegro o valor econômico das transações, sem reflexo de ganho ou perda para qualquer dos envolvidos. Daí que nunca se tivesse cogitado da existência de rendimentos" em tais casos e muito menos, de rendimentos, ganhos de capital ou qualquer outro conceito similar, suscetível de ensejar incidência do imposto sobre a renda.

Por isso, desde os primórdios da instituição dessa nova figura (da chamada "correção monetária"), no sistema jurídico brasileiro, tem sido ela preservada de tributação. Durante todo o tempo em que vem sendo praticada — até mesmo com o caráter institucionalizado e genérico com que se incorporou ao cotidiano da nossa economia e do mundo dos negócios em nosso país — nunca tomou-se alvo de incidências tributárias. Seria efetivamente um despropósito considerá-se que um novo padrão de reajustamento monetário (por definição neutro, como vimos), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pudesse ser considerado renda ou rendimento sob qualquer aspecto. Logo, alegando pelo imposto sobre a renda as pessoas quando — por força de correção monetária — bem verdade que com a vulgarização do instituto da correção monetária (e adogo generalizada de índices de reajustamento do valor de negócios, ganhos etc.) acabaram sendo desenvolvidos critérios ou padrões de revisão automática de cunho convencional, isto é, diferentes dos chamados "índices" das ORTNs, sem vistas a atender peculiaridades de certas transações econômicas das transações que Em decorrência, tornaram-se conhecidos critérios variados não especificados em lei, porém eleitos pelos interessados na existência da autonomia da vontade, contemplando reajustes sob as mais variadas fórmulas. Até mesmo as pessoas públicas assim agiram, criando "unidades fiscais" que traduziam processos contínuos do valor da moeda, fundados em fórmulas discrepantes do chamado "índice das ORTNs". Ora, nesses casos — de eleição de critérios particulares de reajustamento monetário — seria possível, em tese, questionar a neutralidade econômica da fórmula instituída. Mas, quando o índice utilizado goza oficialmente de caráter representativo da escrita medida de valorização da moeda, em um determinado período, nenhuma dúvida poderá haver: E se o reajuste econômico não enão é inexorável a conclusão de que, sobre a quantidade fixa de moeda que nele se comporta, a descrição de mesmo objeto da incidência do imposto, que tem suporte constitucional para sua aplicação, precisamente a ocorrência da renda, caráter institucionalizado e genérico com que se incorporou ao cotidiano da nossa economia e do mundo dos negócios em nosso país — nunca tomou-se alvo de incidências tributárias. Seria efetivamente um despropósito considerar que um novo padrão de reajustamento monetário (por definição neutro, como vimos), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pudesse

Tanto isso é fato que, ao longo de muitos anos de experiência da correção monetária, nunca cogitou a legislação do imposto sobre a renda de incidência de tributo sobre a expressão financeira de tais reajustamentos de valores. As primeiras tentativas a esse respeito só recentemente começaram a ocorrer influenciadas, em primeiro lugar, pela grandeza crescente do valor dessas correções monetárias e, em segundo lugar, pela também crescente necessidade de reforçar a arrecadação tributária.

A inconstitucionalidade dessas tentativas, entretanto, é manifesta. E, para demonstrá-lo, o caso desta consulta é modelar, como adiante veremos.

### 5. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E TRIBUTAÇÃO

O princípio da capacidade contributiva é consagrado pelo direito brasileiro. Esta contido "nas dobras do princípio da isonomia" (Paulo Barros Carvalho). É a aplicação, no setor da tributação, da igualdade de tratamento que o Estado deve aos cidadãos. (Roque A. Carrazza).

Está implícito o princípio nos §§ 1.º e 36 do art. 153 do Texto Constitucional, como o demonstra Balleiro, no seu clássico *Limitações constitucionais ao poder de tributar* (5.ª ed., p. 307 e ss.).

Traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada, de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. Implica que cada lei tributária tenha por efeito gerar manifestações, ou aspectos dessa riqueza, sem destruir sua base criadora. O sistema tributário (entendido como "conjunto de impostos", na perspectiva pré-jurídica) e cada imposto não de adequar-se à "capacidade econômica" dos contribuintes. Corresponde, nos planos ético e sociológico, ao pragmático dito popular francês, divulgados pelo genial Gaston Jéze: "plumer la poule sans la faire crier".

Capacidade econômica há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando a riqueza de lastro à tributação. A violação dessa — pelos excessos tributários — configura conflito, constitucionalmente vedado, além de suprema racionalidade, pelo lugar, pela grandeza crescente do valor dessas correções (com efeito, como fixou a extrema felicidade do Estado Alberto o altamente estudado pelos juristas italianos — com notável repercussão em todo o mundo ocidental, a lei há de exigir que todos concorram para as despesas públicas em proporção dos seus haveres e de atribuir desigualdade aos designais, na medida de suas desigualdades, como postulava Aristóteles, em tema de tributação, e exprime cada qual segundo a riqueza que possui e se revela nos atos que pratica.

Parece oportuno passar os olhos pela doutrina internacional, elaborada com o propósito de desenvolver o conteúdo desse princípio de consagração universal. O primeiro Japazza testando a capacidade contributiva e aplicando-a à teoria das hipóteses de incidência — diz com muita propriedade que é preciso distinguir claramente entre "pressuposto de fato" (ou, mais precisamente, seu aspecto objetivo, o objeto) e "pressuposto de direito" (ou, mais precisamente, seu aspecto subjetivo, a matéria impositiva ou riqueza gravada (Curso de Derecho Financiero Español, 7.ª ed., Madrid, 1971). Tributação seja modulada, de modo a adaptar-se a cada imposto há de adequar-se a "capacidade econômica" dos contribuintes. Corresponde, nos planos ético e sociológico, ao pragmático dito popular francês, divulgados pelo genial Gaston Jéze: "plumer la poule sans la faire crier".







desdobrando seu raciocínio, afirma que "a proporcionalidade é a manifestação estrutural da igualdade jurídica" (p. 230). É que "a igualdade diante dos impostos requer uma graduação de seu quantum, segundo a capacidade econômica do sujeito".

E sublinha que — nos casos de imposto sobre patrimônio e renda — importância tributada ou o "objeto possuído fornecem um ponto de apoio para um juízo da capacidade econômica" (p. 231).

A concepção, segundo a qual o substrato da noção constitucional de capacidade contributiva é consubstanciada na força econômica, é sufragada pela tradição histórica ocidental, sendo comum a todos os sistemas constitucionais modernos em tema de princípios distributivos da tributação.

Desde a expressão "facultés", da Declaração de Direitos de 1789 — e das sucessivas constituições francesas — à locução "mittel", da Constituição de Weimar, até as expressões da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, sempre foram de ordem econômica, de igual significado, são levados em consideração pelos constituintes, na enunciação do princípio da obrigatoriedade da contribuição, pelas despesas públicas.

Victor Uckmar faz sintético, mas abrangente apanhado, em livro (cuja tradução foi por nós patrocinada) que é um clássico da literatura internacional sobre a matéria. (*Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, 1976, Ed. RT). Examina quase todas as Constituições dos países ocidentais e mostra que a isonomia tem acolhida universal (pp. 55 a 64), sendo igualmente entendido, universalmente, como hospedando a capacidade contributiva, nas suas aplicações ao setor da tributação. (PREFEITO TRIBUTÁRIO — 38)

Daí a exclusão de todo arbítrio do legislador, que não pode — sob pena de violar a Constituição — proceder a uma igualdade formal, ou de desigualdades sem critério. Impostos de aleatoriedade estabelecidos infringem a isonomia e podem contrariar a Constituição, se o legislador, segundo a capacidade econômica do sujeito.

Por isso, assinala Giardina: "Deveras, onerando situações de fato que não exprimem capacidade econômica, desenvolve-se uma tributação totalmente arbitrária e irracional, a qual, em substância, permanece estranha a uma verdadeira avaliação da aptidão de contribuição dos sujeitos passivos. O tributo correspondia a um verdadeiro e próprio confisco, estranho, por isso, em toda contribuição com o preceituado pelo art. 53 da Constituição". (p. 439) dada pela tradição. Recordar-se que Baleyre, no seu clássico *Limitações constitucionais tributárias*, temente de com plena acolhida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — a integral aplicação da doutrina elaborada a luz do art. 53 da Constituição italiana, ao direito constitucional brasileiro (ob. cit., p. 535 e ss.).

Voltaando as magistrais lições de Baleyre, salientemos que no plano da legislação as exigências capitais do princípio traduzem-se na necessidade jurídica de que o aspecto material da hipótese de incidência do imposto seja um fato de real conteúdo econômico. Escreve esse autor: "Definitivamente, o princípio constitucional de capacidade contributiva — e, portanto, o princípio de isonomia — segundo o qual a força econômica deve constituir o conteúdo mínimo da capacidade contributiva — implica que só aqueles fatos de realidade econômica que sejam indicativos de capacidade econômica possam servir como bases para tributárias singulares, como pressupostos do nascimento de obrigações tributárias" (p. 433).

a isonomia tem acolhida universal (pp. 55 a 64), sendo igualmente entendido, universalmente, como hospedando a capacidade contributiva, nas suas aplicações ao setor da tributação.

Daí a exclusão de todo arbítrio do legislador, que não pode — sob pena de violar a Constituição — proceder a uma igualdade formal, ou de desigualdades sem critério. Impostos de aleatoriedade estabelecidos infringem a isonomia e podem contrariar a Constituição, se o legislador, segundo a capacidade econômica do sujeito.

Essa asserção tem o abono do conceito unânime da doutrina universal, precisamente pela generalização do postulado de igualdade, como demonstrado por Victor Uckmar.

Ouro doutrinador italiano que tratou monograficamente do assunto, com maestria, Franco Gaffuri — considerando o regime constitucional de proteção à propriedade privada e até estímulo ao seu desenvolvimento — afirma de modo bastante expressivo: "No que concerne aos limites que o legislador — em virtude do princípio da capacidade contributiva — encontra na escolha das bases impositivas, dir-se-á que a garantia ínsita na Constituição, aqui ilustada, produz a impossibilidade de se adotar como pressuposto dos tributos, riqueza cuja gravação ou oneração seria seguramente prejudicial à manutenção da economia privada". (*L'attitudine alla contribuzione*, Milão, 1969, p. 151).

Num contexto veemente — em que se empenha em discernir o teor econômico da "capacidade contributiva" do conceito puramente jurídico, que propõe, de aplicação à contribuição — deixa claro que a tributação não se pode traduzir em confisco, nem deixar o contribuinte com condições reduzidas para prosseguir contribuindo. Mais importante é a observação, no Brasil, cujo Texto Constitucional garante a liberdade de iniciativa (art. 160, I), condicionar e restringir a intervenção do estado no domínio econômico (art. 163), dá preferência à empresa privada, na exploração da atividade econômica (art. 170), prometendo "apoio e estímulo" do estado, que só suplementarmente desenvolverá tais atividades (art. 170, § 1.º).

Esta opinião — longe de ser isolada — tem o conforto do apoio dos autores mais prestigiosos da Alemanha, como é o caso de Buhler e Strickrodt (*Steuernrecht*, livro I, p. 205), que afirmam que o princípio da *Leistungsfähigkeit* significa a utilidade da fonte produtiva, da qual deriva o rendimento. "Esta utilidade, consiste também na salvaguarda da capacidade produtiva de cada pessoa, no próprio interesse, da coletividade".

Essa aguda observação mostra que o respeito à capacidade contributiva, além de sua dimensão econômica e jurídica (constitucionalmente, amparadas), tem um conteúdo de justiça, interesse público ao seu desenvolvimento — afirma de modo bastante significativo, pode-se dizer que a isonomia tem implicação da capacidade contributiva, cuja sua dimensão tributária tem postulado a igualdade geométrica (proporção) entre a quantidade (quantidade), também assinalada em Dabin, no seu clássico *Teoria geral do Direito* (2.ª ed., Bruxelas, 1953, pp. 234). A riqueza cuja gravação ou oneração seria seguramente prejudicial à manutenção da economia privada.

**IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO** (Milia, 1969, p. 151).

Num contexto veemente — em que se empenha em discernir o teor econômico da "capacidade contributiva" do conceito puramente jurídico, que propõe, de aplicação à contribuição — deixa claro que a tributação não se pode traduzir em confisco, nem deixar o contribuinte com condições reduzidas para prosseguir contribuindo. Mais importante é a observação, no Brasil, cujo Texto Constitucional garante a liberdade de iniciativa (art. 160, I), condicionar e restringir a intervenção do estado no domínio econômico (art. 163), dá preferência à empresa privada, na exploração da atividade econômica (art. 170), prometendo "apoio e estímulo" do estado, que só suplementarmente desenvolverá tais atividades (art. 170, § 1.º).

Esta opinião — longe de ser isolada — tem o conforto do apoio dos autores mais prestigiosos da Alemanha, como é o caso de Buhler e Strickrodt (*Steuernrecht*, livro I, p. 205), que afirmam que o princípio da *Leistungsfähigkeit* significa a utilidade da fonte produtiva, da qual deriva o rendimento. "Esta utilidade, consiste também na salvaguarda da capacidade produtiva de cada pessoa, no próprio interesse, da coletividade".





Por isso conclui que a representação numérica do capital, nesse contexto quando aumentada, não traduz verdadeiro aumento do capital, nem incremento de seu valor econômico. Daí o não poder comportar tributação.

Deveras, observa E. Giardina: "a inflação altera a posição comparativa dos diversos receptores de rendimentos", exigindo criteriosas medidas do legislador para preservação do princípio constitucional. Só não são atingidos os que "podem manter o mesmo comportamento do período anterior à desvalorização da moeda" (p. 197), quando se hajam resguardado contra o fenômeno.

Com sólida base e ampla doutrina, E. Giardina escreve a respeito do sistema de tributação dos incrementos de valor do capital, prevalentemente no mundo "Aplicando esse sistema surge o problema se a tributação deva ser condicionada à realização de ganho de capital. A solução positiva é sufragada com vários argumentos".

Mas, adverte: "Podendo os incrementos de valor ser somente nominais se aplica o imposto independentemente da realização do ganho, corre-se o risco de onerar uma capacidade contributiva ilusória, destinada a desaparecer no curso do tempo" (p. 357).

Com tal asserto, deixa patente seu repúdio à tributação de manifestação fictícia de capacidade contributiva. Demonstra a inconstitucionalidade de ganhos aparentes, traduzidos em "incrementos meramente nominais" (p. 358).

Retornemos, ao outro monografista italiano do tema, o insigne Moschetti. "A perda de valor da moeda comporta ainda um agravante da pressão tributária nos impostos progressivos, pela aplicação de alíquotas mais elevadas a rendimentos que só formalmente são mais altos. Também sob este aspecto, é necessário que o legislador intervenha para adequar a progressão aos valores mudados. O princípio da capacidade contributiva, exige, portanto, que a norma não só nasce econômica e social. Em um período de constante desvalorização, da moeda, como o atual, a falta de adequação dos valores à situação econômica que muda, implica violação tácita de seu requisito essencial: a efetividade" (p. 376) não comparando Bimborra escrevendo em 1973, à vista do direito italiano, esse doutrinador parecia estar testando a atualíssima questão da tributação da correção monetária no Brasil, hoje o mesmo comportamento do período anterior à desvalorização.

Nem se argumenta, como o fazem simplesmente alguns, com as presunções legais, que levariam a vedar a discussão sobre a realidade ou a validade do conteúdo econômico de certas hipóteses de incidência, ante no que AP. Averte, a propósito, Moschetti: "No conceito de capacidade contributiva deve ser ainda valorizada a referência a uma aptidão efetiva e não meramente fictícia, na determinação tanto do pressuposto, como do método de lançamento e do sistema de recolhimento. O problema põe-se em primeiro lugar, para presunções legais. Na nossa opinião, são legítimas todas as presunções absolutas quando não se pode considerar efetiva uma capacidade que não seja, de alguma maneira, perceptível e determinável; as presunções relativas são, pelo contrário, legítimas desde que observadas duas condições: se correspondem a critérios de legitimidade e admitem com efeito limites suficientemente amplos para evitar, de um lado, a que se salienta também a orientação da Corte Constitucional que, de um presunção absoluta e relativa. Quanto as provas legais são legítimas, se não são aquelas que só formalmente são mais altas. Também sob este aspecto, é necessário que o legislador intervenha para adequar a progressão aos valores mudados. O princípio da capacidade contributiva, exige, portanto, que a norma não só nasce econômica e social, mas também seja constitutivamente adaptada às diversas condições

contributiva. E preciso, portanto, distinguir as provas legais — que operam como meros limites — daquelas que operam como absolutos impedimentos de prova" (p. 383).

O conceito de capacidade contributiva refere-se necessariamente a uma aptidão efetiva e, portanto, existente em concreto, certa e atual; por isso, o princípio da capacidade contributiva requer que sejam ponderadas manifestações econômicas reais e não meramente fictícias" (p. 262).

Doutro lado, Michelli relata que a lei de tributação do lucro imobiliário italiano permite detração de 4%, segundo as atas do Parlamento, "com a função de excluir da tributação os incrementos de valor não reais, mas somente nominais decorrentes "dalla dimensione del potere d'acquisto della moneta" (Corso di Diritto Tributario, G. A. Michelli, 3.ª ed., Turim, 1976, p. 518).

Essas lições doutrinárias, plenamente aplicáveis entre nós, mostram que o caso de consulta só pode encontrar solução numa direção: a que respeite os imperativos constitucionais mais altos.

Além de, no nosso sistema, não serem admitidas derogações de imperativos constitucionais, por força de presunções legais, a legislação não teve a pretensão de criar — e, efetivamente, não criou — nenhuma presunção de renda ou provento, no caso das correções monetárias.

Pelo contrário — demonstrando o respeito do nosso legislador por esses princípios — a Lei 4.357 (art. 1.º, § 7.º) declarou não constituírem rendimentos os reajustes da ORTN e o Dec. lei 2.072/83 só tributou desajustos relativos a juros que contemplem renda ("com renda", art. 4.º).

Em síntese e conclusão, podemos afirmar ser impossível — por inconstitucional — a tributação de aparência de riqueza. Esta, para ser tributada, há de ser real e efetiva, positivamente existente.

Talhão é o caso, dos meramente nominais incrementos de valor das ORTN, em certos meses limites — daquelas que operam como absolutos impedimentos de prova.

**RASO DE CÁLCULO**

O conceito de capacidade contributiva refere-se necessariamente a uma aptidão econômica e social, mas também seja constitutivamente adaptada às diversas condições econômicas e sociais. Em um período de constante desvalorização, da moeda, como o atual, a falta de adequação dos valores à situação econômica que muda, implica violação tácita de seu requisito essencial: a efetividade" (p. 376) não comparando Bimborra escrevendo em 1973, à vista do direito italiano, esse doutrinador parecia estar testando a atualíssima questão da tributação da correção monetária no Brasil, hoje o mesmo comportamento do período anterior à desvalorização.

Nem se argumenta, como o fazem simplesmente alguns, com as presunções legais, que levariam a vedar a discussão sobre a realidade ou a validade do conteúdo econômico de certas hipóteses de incidência, ante no que AP. Averte, a propósito, Moschetti: "No conceito de capacidade contributiva deve ser ainda valorizada a referência a uma aptidão efetiva e não meramente fictícia, na determinação tanto do pressuposto, como do método de lançamento e do sistema de recolhimento. O problema põe-se em primeiro lugar, para presunções legais. Na nossa opinião, são legítimas todas as presunções absolutas quando não se pode considerar efetiva uma capacidade que não seja, de alguma maneira, perceptível e determinável; as presunções relativas são, pelo contrário, legítimas desde que observadas duas condições: se correspondem a critérios de legitimidade e admitem com efeito limites suficientemente amplos para evitar, de um lado, a que se salienta também a orientação da Corte Constitucional que, de um presunção absoluta e relativa. Quanto as provas legais são legítimas, se não são aquelas que só formalmente são mais altas. Também sob este aspecto, é necessário que o legislador intervenha para adequar a progressão aos valores mudados. O princípio da capacidade contributiva, exige, portanto, que a norma não só nasce econômica e social, mas também seja constitutivamente adaptada às diversas condições

contributiva. E preciso, portanto, distinguir as provas legais — que operam como meros limites — daquelas que operam como absolutos impedimentos de prova" (p. 383).

O conceito de capacidade contributiva refere-se necessariamente a uma aptidão efetiva e, portanto, existente em concreto, certa e atual; por isso, o princípio da capacidade contributiva requer que sejam ponderadas manifestações econômicas reais e não meramente fictícias" (p. 262).

Doutro lado, Michelli relata que a lei de tributação do lucro imobiliário italiano permite detração de 4%, segundo as atas do Parlamento, "com a função de excluir da tributação os incrementos de valor não reais, mas somente nominais decorrentes "dalla dimensione del potere d'acquisto della moneta" (Corso di Diritto Tributario, G. A. Michelli, 3.ª ed., Turim, 1976, p. 518).

Essas lições doutrinárias, plenamente aplicáveis entre nós, mostram que o caso de consulta só pode encontrar solução numa direção: a que respeite os imperativos constitucionais mais altos.

Além de, no nosso sistema, não serem admitidas derogações de imperativos constitucionais, por força de presunções legais, a legislação não teve a pretensão de criar — e, efetivamente, não criou — nenhuma presunção de renda ou provento, no caso das correções monetárias.

Pelo contrário — demonstrando o respeito do nosso legislador por esses princípios — a Lei 4.357 (art. 1.º, § 7.º) declarou não constituírem rendimentos os reajustes da ORTN e o Dec. lei 2.072/83 só tributou desajustos relativos a juros que contemplem renda ("com renda", art. 4.º).

Em síntese e conclusão, podemos afirmar ser impossível — por inconstitucional — a tributação de aparência de riqueza. Esta, para ser tributada, há de ser real e efetiva, positivamente existente.





Tal padrão, por vocação — e por sua função "substitutiva da moeda neutra. Com ele não ganhava o governo, nem as partes, nem ninguém. Pode-se dizer que esse padrão passou a ser sucedâneo da moeda, porque como ela, foi dotado do cunho de "perfeita neutralidade" (Amlicar-Fallico RDP 1/55).

Dai a natural intributabilidade das diferenças nominais dos valores expressos em ORTN, quando, com o decorrer do tempo, sua tradução em moeda se ajeitasse para mais.

Tanto isso é exato, que a própria Lei 4.357/64, estabeleceu, explicitamente, no seu art. 1.º: "§ 7.º. As diferenças, em moeda corrente, de valor nominal unitário, resultantes da atualização prevista no § 1.º, não constituem rendimento tributável das pessoas físicas ou jurídicas".

Assim, o montante dos reajustes das ORTN não pode ser tributado. Suas diferenças nominais, em cruzetiros, não são renda. Configuram mera "atualização" (é a linguagem da própria lei) do valor original desses títulos; simples correção nominal da expressão de um valor que não se alterou.

**b) Tributação dos deságios**

O Dec-lei 2.072, de 20. 12. 83, definiu o deságio como: "Art. 4.º. II — Nas obrigações ou títulos de crédito com renda pós-fixada, a diferença para menos entre seu valor nominal corrigido monetariamente (art. 5.º), a partir da data de sua emissão, até a data da negociação e o valor de qualquer negociação posterior".

Como não distinguia a natureza dos negócios que, sob essa rubrica, podem ser desenvolvidos, o fisco, abusivamente, entendeu de incluir operações com a própria ORTN, por vocação — e por sua função substitutiva da moeda neutra. Ora, evidentemente, o art. 8.º II, mencionado, está referindo-se a caso em que há renda, tanto que diz explicitamente "títulos de crédito pós-fixado com renda", de modo a não ensejar a menor dúvida ao intérprete. Evidentemente que a ORTN não se inclui nessa categoria.

Parece muito claro que esse pretérito hominativo faz referência a debentures depositos a prazo fixo e letras de câmbio letes representativos de negócios que evidentemente há um investimento com o fito de renda, como provêito que se qualificará pela taxa de juros anualmente com renda. Só nestes casos, portanto, possível afirmar a existência do negócio rentável. Já, pode-se dizer que há qualquer tipo de capital com fins lucrativos? E óbvio que a aplicação em ORTN não tem fim lucrativo e um simples meio de preservar o capital já existente.

Nem seria reputada inteligente o investidor que aplicasse o seu dinheiro nas próprias ORTN. Na verdade, esse título só repõe o valor do capital investido ou aplicado. O próprio conceito de ORTN, tal como dá o par. 1.º da Lei 4.357/64, é incompatível com o conceito de renda. Dele não se pode inferir — por mais imaginoso que se seja — a possibilidade de qualquer acréscimo que possa constituir o conceito de renda.

A ORTN representa por definição uma obrigação de valor. Não contempla perspectiva de renda por sua natureza, daí como decorre da lei examinada. Daí não se subsumir a aplicação de dinheiro em ORTN à hipótese prevista no art. 1.º II, do Dec-lei 2.072, até a data da negociação e o valor de qualquer negociação posterior.

Como não distinguia a natureza dos negócios que, sob essa rubrica, podem ser desenvolvidos, o fisco, abusivamente, entendeu de incluir operações com

A ORTN é título sem renda (salvo, evidentemente, os juros) por definição (Lei 4.357). No caso dos juros, por isso mesmo, houve legislação específica prevendo a sua tributação.

Se as partes convençionarem adotar como índice o da ORTN, é obrigatória ciência de que se trata de mera reposição do valor da moeda e não de alguma que pretenda atribuir a qualquer das partes um lucro, um benefício ou um acréscimo. Foi pelo fato de ter havido a adoção de outros critérios — elitos — que se pretendem, em diversos outros negócios — que se pretendem caber tributação, evidentemente naquilo que se excedesse a correção pela ORTN, porque se não se poderia configurar lucro.

Quando, porém, o critério é a ORTN, parece óbvio não haver diferenças a considerar, nem para mais, nem para menos, mas simplesmente a previsão — de ambas as partes — da manutenção do valor intrínseco do negócio que estava sendo feito.

No caso de transações com ORTN, como se trata de um papel neutro, por definição legal, é inteiramente absurdo cogitar-se de tributação. Não cabe aí falar em investimento, aplicação financeira, negócio lucrativo ou similares, porque o que se trata — por força da própria legislação — é exclusivamente da preservação do poder aquisitivo da moeda. Isto tudo é tão óbvio, que não houve alteração do preceituado no § 7.º do art. 7.º da Lei 4.357, que — de modo claro e peremptório — preservava a não-tributação da ORTN ou da atualização monetária por ela representada.

Tanto isso é verdade, que só em casos especiais e explícitos, ao longo do tempo, foram sendo criadas hipóteses peculiares (e sempre taxativas) de tributação de negócios expressos em ORTN. Estes casos foram tolerados pelos contribuintes, que se tornaram complacentes, exatamente em virtude do fenômeno psicológico da inflação: inflacionária, considerando, desprezíveis essas hipóteses, que, aliás, por serem marginais atingiam, reduzido número de negócios, sendo, escassa quantidade, de pessoas atingidas.

Entretanto, jamais o legislador pretendia tributar a simples correção da própria ORTN. Pelo contrário, foi constante até hoje a exclusão da correção, quando se, para o imposto de renda, são inúmeros os preceitos legais que vieram amplamente dispor desse sentido, o que, aliás, se já está despendendo, em função da persistência do preceito do § 7.º do art. 1.º da Lei 4.357 se pretendia caber o artigo 6.º da desobediência interpretação que pretendia aplicar os arts. 3.º e 4.º do Dec-lei 2.072 às operações relacionadas na consulta.

Deságio, tal como conceituado no Dec-lei 2.072, não é, mesmo, segundo conceitos matematicamente doutrinários, nem abrangente a situação descrita na consulta. Devas correção monetária de ORTN não é deságio do negócio que estava em curso. Logo, é equivocada interpretação que pretenda vislumbrar subsunção desse elemento à previsão de incidência do imposto de renda na fonte, sobre deságio, quando legal e inteiramente absurdo cogitar-se de tributação. Não cabe aí falar em intributabilidade das diferenças de valor nominal das atualizações das ORTN.

Na verdade, persiste vigente o art. 1.º, § 7.º, da Lei 4.357. Por isso, certas hipóteses de negócios de seus comandos devem merecer interpretação restritiva, sendo recebidas como de exceção e constitucionais. É o caso da atual Lei 4.357/64, § 7.º do art. 1.º, que não quis tributar as ORTN de suas variações monetárias, impõe tais variações quando "tomadas de empréstimo" para servir de padrão de reajustamento monetário, de outros títulos, contratos, negócios etc. Isso, aliás, não foram sendo criadas hipóteses peculiares (e sempre taxativas) de tributação de negócios expressos em ORTN. Estes casos foram tolerados pelos contribuintes, que se tornaram complacentes, exatamente em virtude do fenômeno psicológico da inflação: inflacionária, considerando, desprezíveis essas hipóteses, que, aliás, por serem marginais atingiam, reduzido número de negócios, sendo, escassa quantidade, de pessoas atingidas.









Doutro lado, o Dec.-lei 2.072/85, definiu o deságio — nas obrigações ou títulos de crédito com renda pós-fixada — como: "art. 4.º, II — ... a diferença para menos entre seu valor nominal corrigido monetariamente (art. 5.º), a partir da data de sua emissão, até a data da negociação e o valor de qualquer negociação posterior".

Fica claro aí, que só são tributáveis os títulos com renda. Se a ORTN corrigida não configura renda, e se a Lei 4.357 (art. 1.º, § 7.º) as declara intributáveis é óbvio que o Dec.-lei 2.072 não as alcança.

18. Não tendo havido distinção da natureza dos negócios — sob essa rubrica qualificados — o fisco, abusivamente, neles quis incluir operações com a própria ORTN. Entretanto, de modo evidente, o art. 8.º, II, refere-se somente a casos em que haja renda, tanto que diz, explicitamente, "títulos de créditos pós-fixados com renda". Nem precisaria fazê-lo, porque a nenhum intérprete seria dado entender que, inexistindo renda, pudesse haver, no caso, tributação, pelos impetrativos constitucionais, antes lembrados. Aliás, a própria letra do decreto mencionado já resolve o problema. Equivocada portanto, a Fazenda, igualmente equivocada a sentença.

Na verdade, só há investimento lucrativo no caso de debêntures, depósitos a prazo fixo, letras de câmbio etc., onde o investimento com fito de renda é nítido.

19. Doutro lado, é também óbvio que a aplicação em ORTN não tem fim lucrativo, mas é simples meio de preservar capital já existente, que persiste com igual substância e valor.

ORTN é título sem renda (salvo, evidentemente, os juros) por definição legal. Por isso mesmo, houve legislação específica prevendo a tributação dos juros, nos casos em que estejam presentes. *PARTE DO TRIBUNAL* — 38

20. Quando as partes convencionem negócios com índices de correção de valores, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso de variações com as próprias ORTN, como se tratar de papel neutro, por definição legal, é absurda a tributação. Não há aí investimento, nem aplicação financeira em negócio lucrativo, nem, similitersa da negociação e o valor de qualquer título. *2.º* — Deságio — tal como concebido no Dec.-lei 2.072 — não alcança o lucro descrito na consulta. Persiste em vigor o art. 1.º, § 7.º, da Lei 4.357. Doutro lado não há nada que indique que o Dec.-lei 2.072 quis tributar operações com as próprias ORTN fisco, abusivamente, neles quis incluir operações com a própria ORTN. *3.º* — Em relação ao mérito, que nem mesmo a Instrução Normativa SRF-80 de 30.9.85 reconhece, designadamente, "títulos de crédito, pós-fixados, com renda nominal e fictícia", entendendo, por art. 4.º, III, do CTN, que a renda como "produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos" não se transforma de uma quantia de dinheiro em ORTN, não pode ser entendida como aplicação ou investimento do capital, a fazenda ignorando que a sua posterior reconversão não é produto de aplicação ou investimento, que a ideia de produto só pode, necessariamente, um acréscimo ou um ganho que, inexistente, no caso, câmbio etc., onde o investimento com fito de renda é nítido.

25. Nem caberia invocação de provento de ORTN, por definição do CTN. E, que este é o acréscimo patrimonial. Ora, no caso não há acréscimo, sendo nominal e fictício, contra o qual as advertências da doutrina foram adequadas, explícitas e samplas. O reajustamento das ORTN significa, por força de

Por isso mesmo, houve legislação específica prevendo a tributação dos juros, nos casos em que estejam presentes.

20. Quando as partes convencionem negócios com índices de correção de valores, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso de variações com as próprias ORTN, como se tratar de papel neutro, por definição legal, é absurda a tributação. Não há aí investimento, nem aplicação financeira em negócio lucrativo, nem, similitersa da negociação e o valor de qualquer título. *2.º* — Deságio — tal como concebido no Dec.-lei 2.072 — não alcança o lucro descrito na consulta. Persiste em vigor o art. 1.º, § 7.º, da Lei 4.357. Doutro lado não há nada que indique que o Dec.-lei 2.072 quis tributar operações com as próprias ORTN fisco, abusivamente, neles quis incluir operações com a própria ORTN. *3.º* — Em relação ao mérito, que nem mesmo a Instrução Normativa SRF-80 de 30.9.85 reconhece, designadamente, "títulos de crédito, pós-fixados, com renda nominal e fictícia", entendendo, por art. 4.º, III, do CTN, que a renda como "produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos" não se transforma de uma quantia de dinheiro em ORTN, não pode ser entendida como aplicação ou investimento do capital, a fazenda ignorando que a sua posterior reconversão não é produto de aplicação ou investimento, que a ideia de produto só pode, necessariamente, um acréscimo ou um ganho que, inexistente, no caso, câmbio etc., onde o investimento com fito de renda é nítido.

25. Nem caberia invocação de provento de ORTN, por definição do CTN. E, que este é o acréscimo patrimonial. Ora, no caso não há acréscimo, sendo nominal e fictício, contra o qual as advertências da doutrina foram adequadas, explícitas e samplas. O reajustamento das ORTN significa, por força de

em mera reposição ou atualização de valor da moeda existente. Há impossibilidade técnico-jurídica de subsumir esse fenômeno ao conceito legal da ORTN. Na verdade, está-se diante de dívida de valor e não de dívida de dinheiro, como amplamente conhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

24. A sentença que pretendeu enquadrar a operação descrita na consulta no Dec.-lei 2.072, é duplamente equivocada, porque: a) desconheceu o cunho nominal da capacidade contributiva; b) ignorou o imperativo constitucional da capacidade contributiva; c) alijou a lição que ensina que os fatos impositivos devem ter conteúdo econômico; e d) por isso, terminou não lendo o próprio teor da norma que (impropriamente) aplicou, que se refere a "deságio" com renda.

Daí nossa convicção de que o Tribunal Federal de Recursos reformará a sentença.

E o parecer, s.m.j.  
São Paulo, 16 de julho de 1986.

em mera reposição ou atualização de valor da moeda existente. Há impossibilidade técnico-jurídica de subsumir esse fenômeno ao conceito legal da ORTN. Na verdade, está-se diante de dívida de valor e não de dívida de dinheiro, como amplamente conhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

25. A sentença que pretendeu enquadrar a operação descrita na consulta no Dec.-lei 2.072, é duplamente equivocada, porque: a) desconheceu o cunho nominal da capacidade contributiva; b) ignorou o imperativo constitucional da capacidade contributiva; c) alijou a lição que ensina que os fatos impositivos devem ter conteúdo econômico; e d) por isso, terminou não lendo o próprio teor da norma que (impropriamente) aplicou, que se refere a "deságio" com renda.

Daí nossa convicção de que o Tribunal Federal de Recursos reformará a sentença.

E o parecer, s.m.j.  
São Paulo, 16 de julho de 1986.