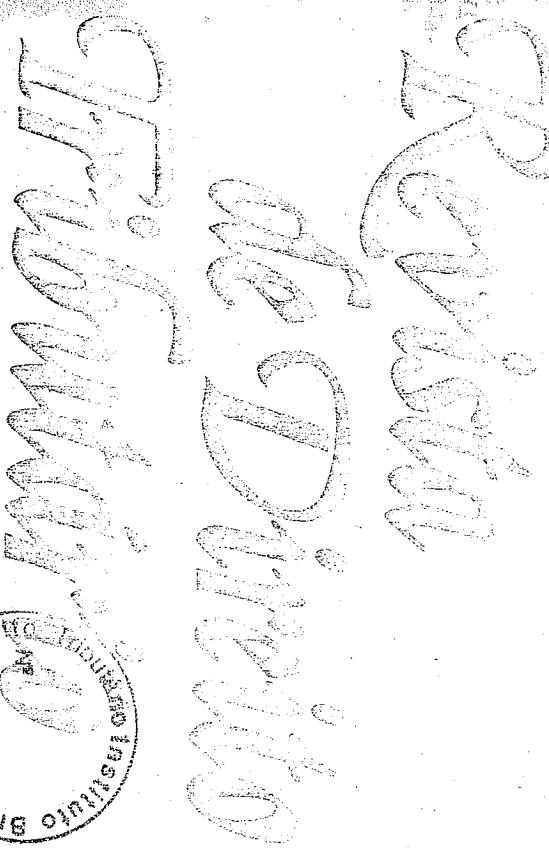


Revista de Direito Trabalhista

*de Direito
Trabalhista*

*de Direito
Trabalhista*



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*.

IMPOSTO DE RENDA — CAPACIDADE CONTRIBUTIVA
— APARENCIA DE RIQUEZA — RIQUEZA FICTÍCIA —
“RENDAS” ESCRITURAL — INTRIBUTABILIDADE
DE CORREÇÕES MONETÁRIAS

GERALDO ATALIBA
 CLÉBER GIARDINO

Parecer — 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 desgajos — c) Intributabilidade das diferenças de valor nominal das atualizações das ORTNs — d) Natureza jurídica das ORTNs — Divida de dinheiro e dívida de valor — 8. Síntese conclusiva.

PARECER

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 deferir-se sobre essa situação. Previu, assim, um mecanismo legal de retificação dessa anomalia: é 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 oficiais com base num padrão básico de atualização, aplicável por excelência a um título público criado na ocasião e designado “Obrigação Reajustável” do Tesouro Nacional.

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 à revisão, de modo a refletir, sempre, sua expressão monetária atualizada, sem função da variação do poder aquisitivo da moeda, ocorrida dentro de um período de tempo contínuo e não contínuos, negócios, etc., realizados ao longo daquele período. Ou seja, quando de sua efetivação, aplicação sucessivamente alargada, a tal ponto que, num determinado momento, tornasse possível afirmar “a economia brasileira como completamente indexada, vale dizer, sujeita a um processo generalizado de revisão dos valores dos atos econômicos pertinentes” (art. 7º), que imediatamente passaria o fenômeno de persistente presente na economia brasileira, a partir daí de 1964 — de o valor dos atos, negócios e contratos realizados traduzir-se em quantidades crescentes de moeda, durante o período de eficácia da transação, unicamente da atualização periódica desses montantes, ou seja, “correção monetária”. Ora, na seqüência dessa ideia, é possível afirmar que essa quantidade, nova de moeda — periodicamente acrescida ao valor original das transações — não representa quinhão nenhum (caso nem poderia representar) ganho, renda, rendimentos ou lucro para qualquer das partes, envolvidas nesse ou nesse negócio.

O novo princípio legal introduzido em 1964 foi, como visto, simplesmente de manutenção, absolutamente integral da grandeza econômica original dos negócios, situações, contratos, que pretendiam representar a aplicação de dinheiro, posto de lado, das operações doutrinário específico do tema — 6. Basta.

Subitamente, é surpreendida (a conselheiros) com uma interpretação absolutamente fiscalista, no sentido de que as suas operações de aplicação de dinheiro em ORTNs são tributáveis pelo imposto de renda. Da sua perplexidade,

não se buscou, de modo nenhum, ensejar proveitos ou detimentos 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 inovação de rendimentos nessas situações e, ipso facto — seja qual for o ângulo sobre que se considere a questão — a inviabilidade de cogitação de incidência posta 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. Daquele nunca se tivesse cogitado da existência de "rendimentos" em tais casos, 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 a 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 tornou-se alvo de incidências tributárias. Seria efetivamente um despropósito considerar que um mero padrão de reajustamento monetário (por definição neutro, como vítima), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pudesse ser considerado **renda ou rendimento sob qualquer aspecto**, e, após, alcançado pelo imposto sobre a renda, ressalvadas quaisquer — por força de correção monetária — que com a vulgarização do instituto da correção monetária (e adoção generalizada de índices de reajusteamento do valor de negócios, gastos etc.) acabaram sendo desenvolvidos critérios ou padrões de revisão automática, visadas a atender peculiaridades de certas transações. O caso é que, economicamente, das muitas possibilidades, só a que se refere ao valor da moeda, fundados em fórmulas discrepantes do chamado "índice das ORTNs", ora, nesses casos — de eleição de critérios particulares de referência do valor da moeda, fundados em fórmulas descrepantes do chamado "índice da fórmula instituída". Mas, quando o índice utilizado é o oficial da inflação, representativo da estrita medida da desvalorização da moeda, num dado período, **nenhuma dívida podia haver**. E se o reajuste econômico tivesse sido feito (no sentido de que não representa ganho econômico sob nenhum aspecto) então é inexorável a conclusão de que insobraria a quantidade fixa de moeda que nela se comportava, descabendo assim a incidência do imposto que tem suporte constitucional para sua aplicação, precisamente, na correção da renda: caráter institucionalizado e genérico com que se incorporou ao cotidiano econômico e de mercado das negociações em nosso país — nunca tornando-se alvo de incidências tributárias. Sócia efetivamente da desvalorização econômica que um certo padrão de reajuste monetário (por definição neutra, como é o caso), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pode

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 inovação de rendimentos nessas situações e, ipso facto — seja qual for o ângulo sobre que se considere a questão — a inviabilidade de cogitação de incidência posta 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. Daquele nunca se tivesse cogitado da existência de "rendimentos" em tais casos, 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 a 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 tornou-se alvo de incidências tributárias. Seria efetivamente um despropósito considerar que um mero padrão de reajustamento monetário (por definição neutro, como vítima), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pudesse ser considerado **renda ou rendimento sob qualquer aspecto**, e, após, alcançado pelo imposto sobre a renda, ressalvadas quaisquer — por força de correção monetária — que com a vulgarização do instituto da correção monetária (e adoção generalizada de índices de reajusteamento do valor de negócios, gastos etc.) acabaram sendo desenvolvidos critérios ou padrões de revisão automática, visadas a atender peculiaridades de certas transações. O caso é que, economicamente, das muitas possibilidades, só a que se refere ao valor da moeda, fundados em fórmulas discrepantes do chamado "índice das ORTNs", ora, nesses casos — de eleição de critérios particulares de referência do valor da moeda, fundados em fórmulas descrepantes do chamado "índice da fórmula instituída". Mas, quando o índice utilizado é o oficial da inflação, representativo da estrita medida da desvalorização da moeda, num dado período, **nenhuma dívida podia haver**. E se o reajuste econômico tivesse sido feito (no sentido de que não representa ganho econômico sob nenhum aspecto) então é inexorável a conclusão de que insobraria a quantidade fixa de moeda que nela se comportava, descabendo assim a incidência do imposto que tem suporte constitucional para sua aplicação, precisamente, na correção da renda: caráter institucionalizado e genérico com que se incorporou ao cotidiano econômico e de mercado das negociações em nosso país — nunca tornando-se alvo de incidências tributárias. Sócia efetivamente da desvalorização econômica que um certo padrão de reajuste monetário (por definição neutra, como é o caso), voltado ao restabelecimento de um valor econômico desgastado, pode

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 direta 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 recadação tributária.

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

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E TRIBUTAÇÃO

O princípio da capacidade contributiva é consagrado pelo direito brasileiro. Isto 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 Baleeiro, 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 aumentar manifestações, ou aspectos dessa riqueza, sem destruir sua base criadora. O sistema tributário (entendido como "conjunto de impostos", na perspectiva jurídica) e cada imposto hão de adequar-se à "capacidade econômica" dos contribuintes. Corresponde, nos planos ético e sociológico, ao pragmático ditto popular francês, divulgados pelo genial Gaston Jèze: "plumer la poule sans la faire crier". Capacidade econômica há de entender-se como real possibilidade de dimensionar-se patrimonialmente, sem destruir-se sem perder a possibilidade de persistir permanentemente, estendendo-se ao tributário. A violação dessa regra pelos excessos tributários, a configura conflito, constitucionalmente vedado, além de supremo sacrilégio.

Capacidade econômica há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente, sem destruir-se sem perder a possibilidade de persistir permanentemente, estendendo-se ao tributário. A violação dessa regra pelos excessos mundiais, ocidentais, já se há de exigir que todos concordam para as despesas públicas em proporção dos seus baveres". Tratar desigualmente "aos" desiguais, na medida das suas desigualdades, como postulava Aristóteles, em tema de tributação, é exigir de cada qual, segundo a viúzazza que possuirá se revela nos atos que praticar.

Parece oportuno passar os olhos pela doutrina internacional, elaborada com o propósito de desvendar o conteúdo desse princípio de consagração universal. O professor Lapatraz, estudando a capacidade contributiva e aplicando-a à teoria das hipóteses de incidência, — diz com muita propriedade que é preciso distinguir claramente entre "presuposto fático" (ou, anais, precisamente, seu aspecto objetivo, o "objeto") e o tributo: o "objeto do tributo" só o suporte material da imposta, a matéria imponível ou riqueza gravada (*Curso de Derecho Financiero Español*, 17.ª edição, Madrid, 1971); tributação seja modulada, de modo a adaptar-se a todas os casos (a ressalva é para a tributação extrafiscal), ao princípio da capa-

cidade contributiva que significa na "ordenação espanhola," como na brasileira, que é a tributação direta, cada imposto faz de aplicar-se a "capacidade contributiva" desse imposto. Correspondem, nos planos ético e sociológico, ao pragmatismo das duas doutrinas divulgados pelo genial Gastón Jéze: "plumar le poule sans la faire crier".

capacidade econômica. Capacidade econômica, entende-se geralmente, significa "posse de uma riqueza, o que é a mesma coisa que um conjunto de bens econômicos".

O insigne professor de Salamanca, mais adiante (p. 442), sublinha enfaticamente: "o legislador, nos tributos que se inspiram no princípio da capacidade contributiva, sempre quer gravar a riqueza do contribuinte. Em certos momentos delimita quais elementos dessa riqueza quer gravar: a renda ou o patrimônio. En outras ocasiões, não: quer gravar a riqueza do contribuinte, sem maiores especificações".

Gravar a riqueza é, assim, o fim primário e fundamental do imposto. E seu desideratum é fundamento.

Prosegue didaticamente esse autor: "Podemos dizer, portanto, que a renda é o patrimônio, ou simplesmente a riqueza do contribuinte é o objeto do tributo. É, porém, óbvio que neste caso, estamos empregando a palavra objeto na acepção de fim ou intento, a que se encaminha uma ação ou operação" (p. 443).

E, num discurso de aproximadamente 10 páginas, repete — com diferentes formulações e para diversas finalidades — o conceito de que o objeto do tributo é a riqueza que se pretende gravar ou tributar (ou transferir do patrimônio do particular para o patrimônio público).

Subseqüentemente, diz: "O fato imponível há de revelar geralmente certa capacidade econômica" insistindo em que é tal procedimento técnico-legislativo que realiza o princípio da capacidade contributiva.

Por isso, insiste: "... o sistema tributário — enquanto o tributo continua sendo basicamente fonte de ingresso — deve responder fundamentalmente aos princípios da capacidade contributiva" (p. 451).⁷⁴⁰

Então esclarece, referindo-se à extrafiscalidade: "Porém, pode ser utilizado com outras finalidades e estabelecido com critérios, desde que não fuisse critérios não concilhem a Constituição, ou melhor, sejam por clara regras" (p. 452).

Com isso deixaclaro o que se quer significar, ao empregar tal expressão que a afirmagão do princípio postula a revelação da capacidade econômica pelo fato imponível. Assim, esta regra não será constante, se forem exceções quando a finalidade do tributo seja extrafiscal. Não estando presentes, destarte, intuito extrafiscal, o fato imponível revela capacidade contributiva, assenta-se sobre riqueza, é sua manifestação. Em suma: tem conteúdo econômico determinável. Assim, não havendo extrafiscalidade, não há como negar-se a subsistânciacônica do fato imponível.

Moschetti é um notável monográfico, mais detido sobre o assunto, do que já clássica, excitada por toda a doutrina e jurisprudência italiana, dedica um tópico à "desvalorização monetária e seus efeitos fiscais". (I) princípio da capacidade contributiva, Francesco Moschetti, Rádua, 1973, p. 03/5) reação (p. 443).

Diz a postura teórica da capacidade contributiva, e a correspondente à "potencialidade econômica efetiva" exigir ainda que se tenha em conta as duas potencialidades monetária (isto é, válido, em princípio) e financeira (não determinado pelas valorizações monetárias) que, para não serem falseadas, devem ser desempenhadas em termos monetários homogêneos" revelar geralmente os efeitos monetários homogêneos" (p. 453).

Nesse trecho, chama a atenção para a junta das coisas aparentemente contraditórias: "falseada" e "pela falta de homogeneidade da moeda,

diferença de valor, para mais em dois momentos de tempo. Se os termos monetários da expressão dos valores, em cada momento, não forem homogêneos, a desvalorização é "falseada".

Revela Moschetti sua angúcia na análise da questão, quando desenvolve seu raciocínio: "Um incremento que seja puramente nominal não manifesta capacidade contributiva, pois que, com tal palavra, deve-se entender uma aptidão econômica efetiva e não simplesmente aparente".

Demuestra, com isso, não revelar capacidade contributiva — por falta de conteúdo econômico — o incremento nominal. Insiste em que a aptidão econômica deve ser efetiva (de fato, real, tangível) e não meramente nominal, como é o caso de correção monetária segundo os índices de depreciação da moeda". Daí o exemplo invocado pelo doutrinador peninsular: "Não era, portanto, legítimo o imposto sobre o incremento de valor das áreas construídas, na parte em que a desvalorização monetária tinha influência sobre a mais valia imponível. Tal defeito foi eliminado pelo atual imposto sobre incrementos de valores imobiliários, que prevê dedução do aumento de valor de 4% ao ano, relativamente ao valor inicial".

Assim, continua sua argumentação: "Também o rendimento de capital pode ser total ou parcialmente anulado pela desvalorização, devendo-se levar em conta, para oportunas deduções" (nesse ponto, o autor faz referência ao estudo italiano intitulado "Eigentumsgarantie": *Geldentwertung und Steuerrecht*, in *Sbb* 1971/72, pp. 436 e ss.).

Continua Moschetti, já agora aplicando suas considerações à questão do contributo: "Gravemente onerados são assim os valores absolutos como mínimos impostivos das franquias e deduções por encargos de família; se estes não são imediatamente reavaliados (atualizados), pode ocorrer nova violação do princípio de capacidade contributiva, pela tributação dos rendimentos mínimos e da renda adequada à situação pessoal e familiar".

Nos primeiros anos da doutrina para o problema da inconstitucionalidade do imposto, o legislador que só devo a compreender solução normativa com a edição da Constituição Portuguesa de 1911 (p. 451, tal palavra, deve-se entender: uma solução de capacidade contributiva, pela tributação dos rendimentos mínimos e da renda adequada à situação pessoal e familiar).

Nesse ponto, Moschetti esclarece, em nota de rodapé: "Sobre a violação dos direitos fundamentais, tem consequência da falta de previsão de um sistema de inflação monetária, a Corte Constitucional, no dia 27 de junho de 1972 (n. 155 do Diário Oficial) adotou a decisão já anotada por Galdogno, sob o título *L'affitto di fondi rusticella* (p. 487 e ss.), indica de depreciação da moeda". Daí o exemplo de que, nessa construção da Corte Constitucional italiana, o cabor preferitário, surgindo a elaboração que tende a elevar a consciência jurídica modernaria, tornaria os problemas das deficiências sistemáticas que terminavam, por conseguinte, mais dignos de plena eficácia (na nossa *Revista de Direito Público*, 1973, 9, art. Celso Antônio Bandeira de Mello da tratamento técnico jurídico dos principios constitucionais da tributação das propostas modernas) autor faz referência ao estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello da tratamento técnico jurídico dos principios constitucionais da tributação das propostas modernas).

Portanto, mais dignos de plena eficácia (na nossa *Revista de Direito Público*, 1973, 9, art. Celso Antônio Bandeira de Mello da tratamento técnico jurídico dos principios constitucionais da tributação das propostas modernas) autor faz referência ao estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello da tratamento técnico jurídico dos principios constitucionais da tributação das propostas modernas).

Mais adiante, salienta: "A inserção do dever do art. 53 no âmbito dos deveres de solidariedade — de que fala o art. 2º do Texto Constitucional italiano — permitiu esclarecer quais prestações pecuniárias constituem concurso às despesas públicas. Se isto é o preenchimento de um dever de solidariedade, estão compreendidas no art. 53 as entradas contributivas (impostos), justificadas por uma manifestação econômica do sujeito, são, pelo contrário, excluídas as entradas sancionárias e comutativas, justificadas, respectivamente, pela violação de um dever jurídico ou de uma utilidade particular recebida" (p. 380).

Deixa, com isso, claro que só os impostos são informados pela capacidade contributiva. Não os tributos vinculados. Estes informam-se pelo princípio da retribuição. Ora, é sabido que, juridicamente, distinguem-se os tributos vinculados dos impostos, pela materialidade das respectivas hipóteses de incidência.

A materialidade da hipótese de incidência é que diz se se está diante de uma ou daquela entidade tributária. Como — no ensinamento de A. Becker — os fatos imponíveis são "fatos-signo presuntivos" da capacidade econômica, eles devem ter necessariamente conteúdo econômico, sob pena de inconstitucionalidade por violação — não dos cânones doutrinários — mas por frontal transgredão do preceito do § 1º, do art. 153 da nossa constituição.

"E porque a expressão capacidade contributiva comporta e exprime referência à força econômica global, consideremos quais sejam os fatos indícios dessa força econômica e, correspondentemente, os impostos que se dirigem a onera-los" (Moschetti, p. 382).

Alberto Xavier, em 1964, ao publicar, em Lisboa, o seu *Manual de Direito Fiscal*, já assinalava:

"Nem todas as situações da vida abstratamente susceptíveis de desenadear efeitos tributáveis podem, pois, ser designadas pelo legislador como fatos tributáveis. Este encontra-se limitado nas sua faculdade de seleção, pela exigência de que a situação da vida a integrar na previsão da norma, seja reveladora de capacidade contributiva, isto é, de capacidade econômica, de riqueza cuja expressão sob qualquer forma, se preenda submeter a tributo" (p. 108). Justificadas por tamanha defesa, fato aquilo que é a essência do princípio constitucional que, segundo os regulamentares, justificadas respetivamente, pela violação do princípio da retribuição (Artigo 1º da *Ordenamento Tributário Espanhol* (1977, 3ª ed.) professor Matthias Gottsch Domingues, assegura: "A conexão alegoria da hipótese de imisidência (p. 273) é a que os fundamentos fato imponível é a capacidade econômica"!), não que, sequer, magistrados de Sanz de Juana, da Universidade Autônoma de Salamanca (e, inconstitucionalidade do tributário teve que superar diversos preconceitos, o primeiro dos quais era o da competência do legislador: (muitos disseminados entre os superficiais: tributaristas que embrião em agnóstica superficiacía da Constituição); Escreve esse notável professor da Universidade Autônoma de Salamanca: "Inconstitucionalidade do tributário teve que superar diversas teorias que sustentavam, de um maneira ou de outra, que o legislador era cônspicuo na seleção dos fatos imponíveis que seriam beneficiados com a desobrigação; mas graves eram os desenvolvimento da tese suscitada pelo professor Sáenz de Juana, que defendia: "Em primeiro lugar, todas as teorias que sustentavam, de um maneira ou de outra, que o legislador era cônspicuo na seleção dos fatos imponíveis que seriam beneficiados com a desobrigação, eram, evidentemente, absurdas, pois, se o legislador fosse capaz de subordinar a nenhuma princípio material, que limitasse sua capacidade tributária, já assimilaria".

Nem todas as situações da vida abstratamente susceptíveis de desenadear efeitos tributáveis podem, pois, ser designadas pelo legislador como fatos tributáveis.

Portanto — constituiu obstáculo para o avanço da doutrina até tempo muito recente... Em segundo lugar, foi necessário renunciar à tese afirmativa de que o princípio da capacidade contributiva ou da capacidade econômica eram princípios meta-jurídicos e, portanto, estranhos ao direito" (pp. 273 e 274).

Nessa linha de preocupação insere-se a proposta de Franco Gaffuri, que suete a introdução do conceito de "aptidão para contribuir" (attitudine alla contribuzione), já liberto de conotações econômicas.

Referindo a capacidade contributiva pressuposta em cada lei tributária, escreve Enilio Giardina:

Para que se possa dizer que uma determinada lei viola o princípio da capacidade contributiva, é necessário prescindir da noção de *aptidão fiscal*, que a capacidade exprime, e fazer referência ao conceito que se dessume de um sistema de impostos — somente pode ser idoneamente respeitada, mediante a invocação da noção de "potencialidade econômica".

Assinalado que a maioria da doutrina e a predominante jurisprudência, administrativa e judicial, convergem para determinado conceito, assinala Giardina:

Sobre tudo na acepção usual e na tradição doutrinária, capacidade contributiva significa **possibilidade econômica de pagar o tributo**, ou seja, a posse de uma riqueza em medida suficiente a fazer frente à exigência fiscal" (p. 434).

E depois sublinha que, mesmo os autores que menoscabam o extraordinário alcance desse princípio, não deixam de sublinhar a absoluta necessidade da presença do elemento fundamental, que é a *riqueza* (p. 435).

Assinala que, quando a questão é a apuração econômica, para responder por que o legislador tem de conceder o mesmo valor substancial, embora graficamente representado por numerosos maiores? Para a relevância das ilações do conceito de doutrinador italiano, é aderindo contraria confusão entre capacidade jurídica, para ser sujeito de direito, e capacidade econômica, para responder por um tributo — ao subsequente sublinhamento contributiva pressuposta em cada lei tributária.

Na sua acepção usual, a capacidade contributiva designa a idoneidade a assumir os encargos públicos, não jaz a menor dúvida (que é de todos) mesmo de quem não tenha riquezas financeiras. Ser isento de tributo, é o que o legislador tem de querer, e fazer referência ao conceito que se dessume de um sistema

constitucional. Na(p. 435) lei havia sido assinalado por Pietro Virgili no seu clássico *Direito Costumista* (1969, p. 618). Deveras, não é simplesmente porque alguém

economicamente pode ser sujeito passivo de tributo, que, ipso facto, por ele deverá responder à lei, não pode (sobrepor-se à Constituição). Embora tal possa ser, nem sempre

constitucional, uma lei seja a aplicação (ascensores) concretos (exige subs-

unidade que aquela exigência se encontre a exigência de economia".

Expondrá direito suíço, En Blumenstein mostra que a economia — constituinte essencial — deve levar a uma solução igualdade da tributação

(Sistema di diritto dell'imposta. Trad. de Francesco Forte, Milão, 1954).

Exigência subjetiva que, nesse os autores que interessam a questão, não

desdobrando seu recôncavo, afirma que "a proporcionalidade é a manifestação estrutural da igualdade jurídica" (p. 230). E 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 — "a 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 consubstanciado 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, sucessivas constituições francesas — à locução "mittel", da Constituição de Weimar, até as expressões da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, sempre fracionadas de ordem econômica, de igual significado, são levados em consideração pelos constituintes, na enunciação do princípio da obrigatoriedade da contribuição, para as despesas públicas.

Victor Uckmar faz sintético, mas abrangente apanhado, em *livro* (uma tradução feita 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. 53 a 64), sendo igualmente entendido, universalmente, como hospedando a capacidade contributiva das aplicações ao setor da tributação. *PREFATO TRÍAUÁVIAO* — § 38.

Daí a exclusão de todo arbitrio do legislador, que não pode — sob pena de violar a Constituição — proceder à uma igualização formalizada desigualdades sem critério. Impostos eleitoralmente estabelecidos infringem a isonomia e, portanto, contravêm a Constituição. *SEGUNDO A CAPACIDADE ECONÔMICA*.

Por isso, assinala Giardina: "Deveras, onerando situações de fato que não exprimem capacidade econômica, desenvolve-se uma tributação totalmente arbitrária e irracional, e, quanto em sua substância permanece estranhamente verdadeira a tese verdadeiro ed próprio confisco, estando por isso em risco o direito à propriedade. Recordese que Bâleiro, no seu clássico *Limitações constitucionais tributárias*, defende a capacidade contributiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal italiana, ao direito constitucional brasileiro (ob. cit., p. 33 e ss.). Constitui-se legislação as exigências capitais do princípio traduzem-se na necessidade. *VII*. Voltando às magistras lições de Giardina, salientemos que, no plano legislativo, as exigências capitais do princípio traduzem-se na necessidade. *VIII*. De todo o exposto, resulta clara a função capitalista da noção de capacidade de que o aspecto material da hipótese de incidência do imposto seja unicamente real-contúdo econômico. Escreve esse autor: "Definitivamente, o princípio constitucional — segundo o qual a força econômica deve constituir o conteúdo fundamental da capacidade contributiva — sumaria que sejam intitulados 'tributários singulares', como presupostos do nascimento de obrigações tributárias" (p. 439). Isomia tem acolhida universal (pp. 53 a 64), sendo igualmente clara, diversamente, como prossegue a capacidade contributiva, das aplicações ao setor da tributação.

Lei a exclusão de todo arbitrio do legislador, era tão rude — sob pena de violar a Constituição — proceder a uma legislação fundada na distinção entre os impostos, direcionados ao setor da tributação,

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

Outro doutorinador italiano que tratou monograficamente do assunto, com ênfase, 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 impostuais, dir-se-á que a garantia insita na Constituição, aqui ilustrada, produz a impossibilidade de se adotar como pressuposto dos tributos, riqueza cuja geração ou oneração seria seguramente prejudicial à manutenção da economia privada" (*L'attitudine alla contribuzione*, Milão, 1969, p. 151).

Num contexto veemente — em que se empêra em discernir o teor econômico da "capacidade contributiva" do conceito puramente jurídico, que propõe, de "aptidão à contribuição" — deixa claro que a tributação não se pode traduzir em conflito, 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), condiciona e restringe a intervenção do estado no domínio econômico (art. 165), da preferência à empresa privada, na exploração da atividade econômica (art. 170), prometendo "apoio gabinete" do estado, que só suplementarmente desenvolverá tais atividades (art. 170, § 1º).

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 (*Steuerrecht*, 1960, I, p. 205), que afirmam que o princípio da *Leistungsfähigkeit* significa a tutela da fonte produtiva, da qual deriva o "afastamento". Esta tutela consiste também na salvaguarda da capacidade produtiva de cada pessoa, pelo próprio interesse da coletividade".

Essa aguda observação mostra que o respeito à capacidade contributiva, além de sua dimensão econômica e jurídica, (constitucionalmente amparadas), tem cunho de rígido interesse público do seu desenvolvimento ... afirma de modo similar, supra, podendo dizer que a isonomia é a implicadora da capacidade contributária, sua dimensão tributária (a postulação da igualdade geométrica (proporção contínua aritmética (quantidade)), como re assinalou Jean Dabin, no seu clássico *Theorie générale du Droit* (2ª ed., Bruxelas, 1953, p. 234), que, cuja grandeza, em suma, seria seguramente prejudicial à manutenção da economia privada, é a menor.

4. IMPOR TÂNCIA DA NOÇÃO

(*Corone*, Milão, 1969, p. 151).

Neste contexto veemente — em que se empêra em discernir o teor econômico do princípio — é que se encontra o topo econômico. De todo o exposto, resulta clara a função capitalista da noção de capacidade contributária. Ela é básica (partia), designa-se solidariedade, e determina-se, os fundamentos da repartição tributária. De determinar-se a natureza específica dos atributos (a), anulta-se o ganho extrafiscal, de certos tributos, a dessumir-se certos auxiliantes para o legislador na qualificação da base de cálculo; b) refere-se a parâmetros para o legislador estabelecer as alíquotas; e b) evidentemente, aplica-se a inconstitucionalidade do tributo com hipótese de incidência, razão, sem subsistência econômica.

Desse último tópico, trataremos detidamente, nas páginas subsequentes, da aplicação ao setor da tributação, das prestações da Argentina, como é o caso de Bahrer e Sarichard (Siciliano, 1960, I, p. 205), que afirmam que o princípio da isonomia é a base da justiça social, a legge, para proibir-se da qual deva o respeito. Esta é sua tese:

3. NÃO IRIBUIAÇÃO DE RIQUEZA APARENTE

a) Capacidade contributiva e materialidade da hipótese de incidência

Como visto, o princípio postula que a hipótese de incidência significa riqueza do contribuinte. E de Amílcar Falcão: “Uma pecúnia, entretanto, possui esse fato juridicamente relevante para o Direito Tributário, que é constituir um critério, um índice ou um indicador para o cálculo da contribuição.”

... econômica ou contributiva dos sujeitos aos quais se atribui. Por outras palavras, o qual o Direito empresta relevo jurídico" (*Fato Gerador da Obrigaçao Tributária*, 5.ª ed., São Paulo, p. 64).

o fato gerador que o legislador tributário considera para qualificá-lo é a sua donedade ou aptidão para servir de ponto de referência, de metro, de indicação para que se afira a capacidade contributiva ou econômica do sujeito passivo da obrigação tributária" (p. 66).

Para esclarecer: "Encontrou a técnica jurídica, para superar tais impossibilidades ou inconvenientes, a via de elegerem-se fatos ou circunstâncias aptas denunciar a existência de capacidade econômica" (p. 67). E arrematar: "Na alusão, pois, a atos, fatos ou circunstâncias para a definição do fato gerador, tem a lei tributária em vista surpreender os indícios de capacidade contributiva que, assim, sob a forma jurídica considerada, se denunciam" (p. 69).

Lota, na opinião de Alfredo Becker, é "um fato-síntese presuntivo de sua existência ou capital" (Teoria geral do direito tributário, SP, p. 453). Por isso se refere-se à "obrigação do legislador" a propósito: "Somente o legislador ordinário está juridicamente obrigado por esta regra constitucional e sua obrigatoriedade consiste no seguinte: ele deverá escolher para a composição da hipótese de incidência da regra jurídica criadora do tributo, exclusivamente fatos que sejam fatos presuntivos de renda ou de capital". A desobediência, pelo legislador ordinário, a esta regra constitucional, tem como consequência a inconstitucionalidade da lei" (p. 454).

acreditabilidade da constitucionalidade do imposto sobre mulheres, negros, protestantes, etc. toda a teoria — vastamente tratada na doutrina internacional — que estudou a capacidade contributiva demonstra: a) ser ela implicação do princípio geral da igualdade; b) postular adequação das hipóteses de incidência à capacidade econômica dos sujeitos; c) exigir que cada fato imponível revele a equaça; d) implicar injuridicidade de imposto sobre fatos, ou situações de fato destinados de substância econômica.

No Brasil, como na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha etc., o legislador não pode criar tributos sem **base** econômica. A lição universal da doutrina fulmina essa postura como **inconstitucional**. Gera arbitrio, engendra desigualdades e torna aleatória a tributação. Daí reputar-se francamente **inconstitucional** a lei tributária que onere situação economicamente insignificante ou fraca. Não titubeiam os autores, nacionais ou estrangeiros, em afirmar tal inconstitucionalidade.

Assim, se nem o legislador pode fazer isso, a fortiori, não o pode o aplicador administrativo. Pelo contrário, ao interpretar a lei, deve evitar conclusões exegéticas que afontem a Constituição. O fisco — na sua função administrativa, ao interpretar a legislação — não pode concluir no sentido da tributação de situações em que, manifestamente, não há subsistência econômica, fatos que não tenham

No caso da consulta, o fluxo financeiro é maior; sua expressão nominal também é 15, em lugar de 10, por exemplo. Mas isso não significa que a quantidade adicional de moeda possa ser entendida como novo conteúdo econômico, nem maior expressão. Não é acréscimo de riqueza. (É mera aparência). Logo, não representa conteúdo econômico novo. A significação econômica do mecanismo

consiste a mesma. E o mesmo seu valor substancial. Da perspectiva econômica, a mesma coisa resgatar 15, quem aplica 10 na medida em que a aparente diferença de 5 representou menor atualização mostra: a) ser esta implicação do motivo para da igualdade; b) postular adequação das hipóteses de incidência.

3) Guido doutrinário específico do tema, agir que zaida fico imponível, revela

Emilio Giardina, em seu *estudo*, em 1961, sobre "as bases teóricas do princípio das capacidades contributivas" — tem estas frases, rigorosamente aplicáveis ao caso (em estudo) revelando que esse problema não passou despercebido, pela melhor doutrina de criar tributos sem base econômica. A lição universal daqueles *intervenimentos nominais* e *aparentes* de valor da capitalização devida a deságios: maiores desóptimos. (Quando se verifica uma desvalorização monetária, é anuída a unidade medida da força econômica individual; mas esta permanece invanidada pelo poder das disporões: bens e a capacidade de economizar — e, portanto, a aptidão a concorrer aos encargos públicos — não permanecem mudas, somente o metro para medir este poder é alterado, de forma

Por isso conclui que a representação numérica do capital, nesse contexto de seu vulto econômico. Daí o não poder comportar tributação.

Deveras, observa E. Giardina: "a inflação altera a posição comparativa 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, prevalecente no mundo. "Aplicando esse sistema surge o problema se a tributação devia 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 assertivo, deixa patente seu repúdio à tributação de manifestações fícticas de capacidade contributiva. Demonstra a inconstitucionalidade de impostos, traduzidos em "incrementos meramente nominais" (p. 338).

Retornemos, ao outro monografista italiano do tema, o insigne Mochetti: "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 jasse alegítima ab initio, mas também seja constantemente adaptada às diversas condições econômicas e sociais. Em um período de constante desvalorização, da moeda, cognosce o atual a falta de adequação dos valores à situação econômica que muda, impulsionando-o a reavaliar a efetividade" (p. 376).

E Embora escrevendo em 1973, à vista do direito italiano, esse doutrinador parecia estar estudando a atualíssima questão da tributação da correção monetária no Brasil, hoje é o mesmo comportamento do período anterior à gestação da Constituição.

Nem se argumentava como o fazem simplórialemente algumas nação com a presunção legal, que levaram a vedar a discussão sobre a realidade da vida do conteúdo econômico de certas hipóteses de incidência, no mundo. Adverte, a propósito de Moschetti: "No conceito de capacidade contributiva deve ser ainda valorizada a referência a uma aptidão efetiva, não meramente presunções legais, que levaram a vedar a discussão sobre a realidade da vida do conteúdo econômico de certas hipóteses de incidência, no mundo".

No nosso opinião, são ilegítimas todas as presunções legais e do sistema de recolhimento. O problema põe-se em primeiríngular: Pode-

contributiva. É preciso, portanto, distinguir as provas legais — que operam dentro de certos limites — daquelas que operam como absolutos impedimentos de aplicá-la" (p. 383).

O conceito de capacidade contributiva refere-se necessariamente a uma aplicá-la 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 fícticas" (p. 262).

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

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

Aliás, de, no nosso sistema, não sejam admitidas derregações de imperativos constitucionais, por força de presunções legais, a legislação não teve a pretensão de trair — e, efetivamente, não criou — nenhuma presunção de renda ou pratica no caso das correções monetárias.

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

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.

Talvez é o passo dos meramente nominais, incrementos de valor das QRTN, que ultrapassam os limites — daquelas que operam como absolutos imperativos de

6. BASE DE CÁLCULO

o conceito de capacidade contributiva refere-se necessariamente à renda.

A Constituição brasileira estabelece o "contínuo" das regras de direito comparado. Utilize excepcionalmente a função jurídica da base de cálculo (art. 18, §§ 2º e 3º).

Ent. 21, § 1º.º Patrício de Barros Carvalho, tratando do tema, sinala: "Um dos temas que mais notadamente a doutrina é a discussão sobre a natureza jurídica da famosa capacidade contributiva, em função do que, na Constituição de 1946,

se afirma tributária e não tributária. De fato, a Constituição de 1946, estabelece o cálculo de impostos, mas sentindo de que, apesar de não constar mais de sua Carta Magna aquele imperativo, o princípio da capacidade contributiva permanece no direito brasileiro, não tanto formulado expressa, porém implicitamente, quanto nas duas doutrinas primadas da igualdade" (Curso de Direito Tributário, São Paulo, 1951, p. 207).

Institucionais maiores altos.

Em sublinhar que o legislador: "Têm presente que, de uma ocorrência insuspeitada, desde que observadas certas condições, se correspondem a critérios de tributação, devidamente estabelecidos, que determinam a base de cálculo, um valor em dinheiro" (pp. 207 e 208).

Exemplifica, salienta o autor: "A ocorrência indica que o legislador levou em consideração a capacidade contributiva manifestada pelas pessoas que devem pagar impostos" (p. 208).

Na ocorrência do mundo físico exterior, a capacidade contributiva absoluta objetiva que se consubstancia na "igual participação das pessoas em fatos que detêm maiores altos.

Quanto ao princípio de efetividade, pode ser afirmar que, independentemente da tributação de aparência de riqueza, esta, para ser tributada, há de ser efetiva, positivamente existente.

E, sintetizando as lições da melhor doutrina universal sobre o assunto, amata: "Podemos resumir o que dissemos em duas proposições afirmativas, sintéticas: realizar o princípio pré-jurídico da capacidade contributiva, ou objetiva retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza; por outro lado, tornar efetivo o princípio da capacidade contributiva relativa ou subjetiva quer expressar a repartição do impacto tributário, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.

"A segunda proposição, transportada para a linguagem técnico-jurídica significa a realização do princípio da igualdade, previsto no art. 153, § 1.º do Texto Supremo. Todavia, só se torna exequível na exata medida em que se concretiza no plano pre-jurídico, a satisfação do princípio da capacidade contributiva aboluta ou objetiva, selecionando o legislador ocorrências que demonstrem regularidade econômica, pois, apenas desse modo, terá ele meios de dimensionais extrairindo a parcela pecuniária que constituirá a prestação devida pelo sujeito passivo, guardadas as proporções do acontecimento" (pp. 208 e 209).

Prosegue sua lição, demonstrando que: "No terreno do Direito Tributário a igualdade impositiva está irremediavelmente ligada ao conteúdo econômico dos fatos escolhidos pela lei, que são concedidos pela entidade que conhecemos como base de cálculo" (p. 209).

E culmina "por qualificar como 'inconstitucional' o tributo cuja hipótese de incidência não contenha fato de substância economicamente mensurável, simples contingência de um êxito do mundo físico não ter qualquer atributo apto para quantificá-lo, já diz de sua imprestabilidade para fins impositivos, visto que o cânone da igualdade é um imperativo constitucional, que ficara solidificado, resumir o que disseram os mais ilustres autores da doutrina, quando Conclui Paulo de Barros Carvalho suas arguras observações: 'No Brasil, o sistema do Direito Tributário exibe muitas das figuras tributárias, conhecidas, de observância do princípio da capacidade contributiva absoluta, vez que os fatos escolhidos, denotam signos de riqueza. Com o decorrer da evolução humana, base de cálculo, se que isso, campo para o exercício da diretriz da dade'" (p. 209) tamém o econômico do evento.

Terminou por sublinhar a necessidade constitucional da existência de bases calculáveis, leis tributárias dão que, "princípio idêntico grandeza material, gerador do critério material da hipótese de exigência constitucional inerente, consonte-se, pelo art. 18, §§ 2.º e 5.º do art. 21" (p. 209) contribuir. No caso do Projeto, Código Tributário alemão (R.A.Q.) tece: "Na interpretação das leis tributárias, deve-se considerar seu fim e seu significado econômico. As hipóteses de incidência, que merecem destaque, são aquelas que, de acordo com o significado preciso do § 9º, para o Direito Tributário, sejam decisivas, quer seja decisividade onerar os efeitos dos fenômenos econômicos que a riqueza econômica, à qual se refere a hipótese de incidência, timbra, sempre, em referência ao seu conteúdo econômico".

Tudo isso mostra que, no Brasil, mas do que alheio, há exigência insuperável de que o fato imponível seja passível de medição, quer dizer, deve

necessariamente — e a necessidade é impostergável, porque constitucional — o conteúdo econômico.

Assim, o postulado universalmente consagrado da capacidade contributiva, aqui erigido em exigência básica e fundamental, a que não pode fugir o legislador. Portanto, tributo com hipótese de incidência destituída de qualidades obviamente mensuráveis — quer dizer, substância econômica — é, no Brasil, inconstitucional. Se a lei põe no cerne da hipótese de incidência fatos como ter

uma grande (farach), ter barba comprida (Moschetti), ter pele escura (A. Becker) ou focar um título de crédito por seu exato valor, essa lei será inconstitucional, porque todos esses fatos são destituídos de conteúdo econômico, não são fatos signo presunтивos de capacidade econômica, não revelam riqueza (E. Giardina). Sendo a lei, porém, mais genérica — de modo a poder abranger tanto fatos dotados de conteúdo econômico, como, inversamente, outros deles destituídos, o intérprete, administrativo ou judicial, não pode aplicá-la a estes últimos. A lei não é, em tese, inconstitucional. Inconstitucional será sua aplicação a fatos vazios, sem substância econômica.

É o que ocorre, na hipótese da consulta.

O CASO CONCRETO

A legislação das ORTN

A instituição da correção monetária, no Brasil, dá-se em 1964. Adotando-a, o legislador brasileiro absorveu a lição de Amílcar Falcão, que, em pesquisa plena, havia escrito: "Por correção monetária entende-se a técnica pelo direito que, fixados pro tempore, se apresentam expressos em moeda sujeita a consagrado de traduzirem-se em termos de idêntico poder aquisitivo quantias ou dívidas" (p. 209). Para resumir o que dissemos em suas proposições supra, o sistema da correção monetária introduzindo, invariadamente, na nossa economia, o novo nome "exigência básica e fundamental, a que não pode fugir o legislador". Pode-se dizer, o art. 4º, § 1º, da Constituição Federal, que "o valor nominal das obrigações contratuais, perfeitamente definido, é o valor das variações do poder aquisitivo da moeda nacional, de acordo com o que estabelece o § 1º do art. 7º desta lei", teria sido o valor nominal unitário, em moeda corrente, então declarado". Inicialmente em cada triênio, por Portaria do Ministério da Fazenda (§ 2º). Além disso, as obrigações (ORTN) têm "poder aquisitivo pelo seu valor atual".

Com a sua introdução, em larga escala, começou a padronização da economia nacional, refletida clinicamente neste estudo. Isto é, vulgarizou-se o padrão de referência das ORTN, que "passou a ser aplicado", sucessivamente, a uma gama imediatamente, caso constitucional. Inconstitucional será sua aplicação a todos os valores, que, na sua maioria, não eram devidamente considerados. Isto é, a legislação de 1964, variava infelizmente sempre para menos — aumentava o maior nominal das ORTN e, em consequência, de todos os atos e contratos com cláusulas de reajustamento a ele atreladas. Tudo, é óbvio, como consequência do processo inflacionário.

Oras, o padrão novo, que a Lei 4.357 introduziu, foi paulatinamente como substituindo a propriedade, à ponto de, num determinado momento,

que, em prosseguimento, havia escrito: "Por correção monetária entende-se a técnica pelo direito

Tal padrão, por vocação — e por sua função “subsidiativa da moeda” — era neutro. 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.” (Amílcar Pádua RDP 1/55).

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

Assim, o montante dos reajustes das ORTN não pode ser tributado. Sua 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. 4º [...] Nas obrigações ou títulos de crédito com renda pós-fixada, a diferença entre seu valor nominal corrigido monetariamente (art. 5º), a partir da data de sua emissão, até a data da negociação e o valor de qualquer negócio 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 ocasião — e por sua função — substituição da moeda. Ora, evidentemente, no art. 8º, II, mencionado, está referindo-se a casos em que há renda, tanto que diz “explicitamente” “títulos de crédito pós-fixados com renda”, de modo que não enseja a menor dúvida a interprete. Evidentemente, que a ORTN não se inclui nessa categoria.

parece-muito claro que esse preceito informa o fisco de que a ORTN é devidamente tributável, tanto quanto ao tipo de negócio, quanto ao tipo de investimento, aplicação financeira, negócio lucrativo ou similares, porque o fisco, evidentemente, já havia configurado o preceituado no § 7º do art. 7º da Lei 4.357, que — de modo categorico e peremptório — prescreveu 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. Estas cações foram tolerados pelos contínuos que se tornaram complacentes, exatamente em virtude do fenômeno psicológico da ilusão inflacionária, considerando desprezíveis essas hipóteses, que, por serem marginais atingiam reduzido número de negócios, sendo escassa quantidade de pessoas atingidas.

Intuitivamente, jamais o legislador pretendeu tributar a simples correção da ORTN. Relo contrário o fio constante da lei é a exclusão da correção, quando se paga o imposto de renda. São inúmeras as preceitos legais que vieram explicitamente dispondo assim, sentido que, talvez, seria até despicado, em função evidentemente, da ilusão inflacionária, considerando desprezíveis essas hipóteses, que, possivel confirmar a existência de negócio renáve de fato, poder-se dizer que tal apre-

ção do capital (com fins lucrativos) é químico simples meio de preservar o capital já existente. Nem seria a reputado inteligente o “investidor” que aplicasse o seu dinheiro ao aplicado! O próprio leônito de ORTN valora tal como dado pela Lei 4.357/64, é incompatível com o conceito de “renda”. De fato, não se pode inferir — por mai- gurar o conceito de renda.

A ORTN representa por definição uma obrigação de valor. Não contempla perspectiva de renda por sua natureza, tal como degozada a Lei examinada. Daí, não se subsumiu a aplicação de dívida, igom em ORTN a hipótese verificada no art. II, do Dec-Lei 2.072, ate a data da negociação e o valor de qualquer acréscimo que possa con-

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

As partes convencionaram adotar como índice do valor da moeda e não de uma ação. Foi pelo fato de ter havido a adoção de outros critérios — eleitos diretamente pelas partes, em diversos outros negócios — que se pretendeu caber tributação, evidentemente naquilo que se excedesse a correção pela ORTN, porque um acréscimo. 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 — dímbas as partes — da manutenção do valor intrínseco do negócio que estava definitivo legal, é inteiramente absurdo cogitar-se de tributação. Não cabe afinal falar de 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 categorico e peremptório — que se pretendeu caber tributaria por ela representada.

No caso de transações com ORTN, como se trata de um papel neutro, por 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 categorico e peremptório — que se pretendeu caber tributaria 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. Estas cações foram tolerados pelos contínuos que se tornaram complacentes, exatamente em virtude do fenômeno psicológico da ilusão inflacionária, considerando desprezíveis essas hipóteses, que, por serem marginais atingiam reduzido número de negócios, sendo escassa quantidade de pessoas atingidas.

Intuitivamente, jamais o legislador pretendeu tributar a simples correção da ORTN. Relo contrário o fio constante da lei é a exclusão da correção, quando se paga o imposto de renda. São inúmeras as preceitos legais que vieram explicitamente dispondo assim, sentido que, talvez, seria até despicado, em função da ilusão inflacionária, considerando desprezíveis essas hipóteses, que, possivel confirmar a existência de negócio renáve de fato, poder-se dizer que tal apreção do capital (com fins lucrativos) é químico simples meio de preservar o capital já existente. Nem seria a reputado inteligente o “investidor” que aplicasse o seu dinheiro ao aplicado! O próprio leônito de ORTN valora tal como dado pela Lei 4.357/64, é incompatível com o conceito de “renda”. De fato, não se pode inferir — por mai- gurar o conceito de renda.

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

As partes convencionaram adotar como índice do valor da moeda e não de uma ação. Foi pelo fato de ter havido a adoção de outros critérios — eleitos diretamente pelas partes, em diversos outros negócios — que se pretendeu caber tributação, evidentemente naquilo que se excedesse a correção pela ORTN, porque um acréscimo. 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 — dímbas as partes — da manutenção do valor intrínseco do negócio que estava definitivo legal, é inteiramente absurdo cogitar-se de tributação. Não cabe afinal falar de 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 categorico e peremptório — que se pretendeu caber tributaria por ela representada.

... seu encarregado, em função das exigências magnas, postas pela nossa Ordem constitucional. E nenhuma instrução administrativa (muito menos a Instrução Normativa SRF-80, de 30.9.85) abrigou esse desgnio. E a interpretação lisa lista que tem levado a tal tipo de compreensão.

De resto, não é insólito o que aqui vimos afirmando (no sentido da no tributabilidade dos reajustes das ORTN). É que o art. 43 do CTN, define tenuo como sendo: "I — o rendimento

De resto, não é insólito o que aqui vimos afirmando (no sentido da noção tributabilidade dos reajustes das ORTN). E que o art. 43 do CTN, define reajuste como sendo: "I — ... o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos".

E de ver-se que a transformação de uma quantia de dinheiro em ORTN pode ser entendida como **aplicação** ou **investimento** de capital; e que posterior reconversão da ORTN em dinheiro também não pode ser entendida, no todo ou em parte, como **produto** da aplicação ou investimento de capital, já que a ORTN de produto supõe um acréscimo, um **quid plus**, que, no caso, absolutamente inexiste. Nem há necessidade de digressões pela teoria econômica, para afirmar que a letra expressa da lei vigente (art. 1.º, § 7.º, da Lei 4.357), no Brasil, dispõe a respeito da ORTN, é claríssima em preceituá-lo, tornando esse entendimento — alias, não controvertido — obrigatório para o intérprete e para o administrador. Nem se pode pretender que a conversão da ORTN em dinheiro — determinado prazo — configure a noção de “provento”, tal como consagrada pela nossa legislação. E que o art. 43 do CTN define proventos como sendo: “[...] os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior” (grifo nosso).

Ora, como falar em "acréscimo patrimonial" quando, por definição legal, o ajustamento das ORTN significa mera reposição ou atualização do valor da moeda, num determinado período. A impossibilidade técnica-jurídica de subsunção categoricamente a possibilidade da qualificação, como renda ou proveniente do investimento representado pela configuração monetária das ORTNs, é, portanto, constitucional. E nenhuma instituição administrativa (muito menos a justiça) pode, portanto, julgar que a natureza jurídica das ORTNs é de "divida de dinheiro e dívida de maior".

após considerações doutrinárias apoiadas na doutrina alemã, esclarece: nas dívidas de valor, propriamente tais, o valor é o que lhes provém da prestação a ser satisfeita em moeda, ao passo que, nas dívidas merece dinheiro, o valor é o que lhe impõe a moeda a ser prestada. Aqui, a é o objeto imediato da prestação; ali, objeto imediato da prestação é o que,mediamente, por intermédio da moeda, será prestado".
com sua formidável erudição, demonstra que tal distinção já era conhecida

o Juizeto Romano (p. 89). Subseqüentemente, anota que o tema também foi objeto de tratamento, desde o perido seiscentista, pelos juristas portugueses. Seguiu ao nosso Lacerda de Almeida que — cuidando das indenizações — já tentava a variação do poder aquisitivo da moeda ("no caso de varia de valor moeda"), tratando dos modos jurídicos de proteger o lesado.

Didática é a lição de Tullio Ascarelli, sobre o assunto: "Por conseguinte, o problema é diverso quando nos achamos, não diante de um débito, mas diante do direito problema de uma "avaliação", em que a moeda é levada em conta, não como objeto de dívida, mas como medida de valor; nesta hipótese, não é mais aplicável o princípio do valor nominal e não pode este ser invocado para sustentar argumentos equivalentes valores, cuja diversidade assenta apenas na diversidade da unidade monetária deles, à vista da mudança do poder aquisitivo da moeda" (por Amílcar Falcão, in RDP 1/61).

No desenvolvimento de seu profundo estudo, Cirne Lima expõe lições francesas, alemãs, italianas e brasileiras, baseadas na legislação dos diversos países, os princípios por elas adotados, para demonstrar que, nas dívidas de valor, não moeda in solvente... o credor é privado — não apenas de uma quantia de dinheiro sobre a qual apenas se computem juros — senão de um valor que, por definição, independente do valor do dinheiro e das multiplicações de que seja suscetível (p. 90), outrinárias apoiadas na doutrina alemã, etc.)

Daí dizer Amílcar Falcão que: "As essas dívidas de valor não se aplicam o nominalismo monetário posto que a prestação que nelas se traduz é uma simples devolução, donde decorre a prevalência do realismo monetário" (RDP 1/61).

De toda sua erudição e sólida licença resulta claro que, nas ORTN, o valor nominal, para precisamente para manter o valor intrínseco do crédito que elas representam. Fica evidente que a "correção monetária" é modo de compensação da desvalorização da moeda. O período seiscentista, pelos juristas portugueses, A dívida que, ao colocar ORTNs, o governo federal assume desgaste, não é de díngueiro, mas dívida de valor. Quem corrige, obrigações, negócios, contratos, segundo a variação das ORTNs, não está contrariando dívida de dinheiro, mas sim dívida de valor. Esta sim, plenamente prevedendo a reposição do valor perdido. As suas prescrições, nos achamos, não diante de um débito, mas diante de um díngueiro.

Com maior clareza, o raciocínio aplica-se à aquisição e, ulterior reengenharia desses títulos. Se os negócios que se utilizam do padrão de reajustamento das ORTNs não podem, nessa medida, seu objeto de tributação, a fortiori, não pode ser tributado negócio em que a ORTN é seu objeto específico, ou seja, na diversidade das mesmas moedas deles, à vista da mudança do poder aquisitivo da moeda".

2. Seu objetivo foi manter o valor dessas disponibilidades; não foi obter ganho. Tal valor, assim, foi simplesmente atualizado (mas não incrementado).

3. Não obteve ganho, porque as ORTN só preservaram o valor substancial aplicado. Sua correção, ou atualização representou simples aumento nominal e não real.

4. Essa neutralidade das ORTN decorre da Lei 4.357/64, que prevê a revisão automática da expressão monetária por elas representada. Dai o adjetivo “reajustável”, legalmente empregado.

5. Não houve, portanto, ganho, rendimento ou lucro, mas mera manutenção do valor aplicado, que ficou com idêntico conteúdo econômico, dando absoluta neutralidade ex vi legis, das ORTN.

6. Nossa melhor doutrina declara abrigado no princípio da igualdade (art. 153, § 1º da CF), o da capacidade contributiva. Baleiro entende, por isso, aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro todas as elaborações doutrinárias, desenhadas na literatura internacional, a respeito do tema. Essa doutrina mostra que gravar a riqueza é o fim primário do imposto. Onde haja riqueza — representada por renda ou patrimônio — só haverá capacidade contributiva. Por isso se diz que o fato imponível há de revelar capacidade econômica (Ferreiro Lapaza).

7. Não basta, porém, a aparência, mas é preciso que a potencialidade econômica seja efetiva, de tal maneira que os ganhos, “para não serem baseados em indícios de aptidão econômica. Daí o insistirem em que a desvalorização monetária ha de ser considerada” (Moschetti).¹² Agir o legislador de modo contrário implica violação da Constituição, não obstante a embasamento que, entre nós, foi o feito, já tem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, em magistral estudo sobre a eficácia das normas constitucionais. Também o Diretor Português Alberto Xavier diz que o legislador é limitado na faculdade de seleção dos fatos imponíveis, na reunião de eventos reveladores de capacidade contributiva, ou seja, capacidade econômica ou riqueza.¹³

8. Agir o legislador de modo contrário implica violação da Constituição, não obstante a embasamento que, entre nós, foi o feito, já tem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, em magistral estudo sobre a eficácia das normas constitucionais. Também o Diretor Português Alberto Xavier diz que o legislador é limitado na faculdade de seleção dos fatos imponíveis, na reunião de eventos reveladores de capacidade contributiva, ou seja, capacidade econômica ou riqueza.¹³

Outro, não é o embasamento que, entre nós, foi o feito, já tem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, em magistral estudo sobre a eficácia das normas constitucionais. Também o Diretor Português Alberto Xavier diz que o legislador é limitado na faculdade de seleção dos fatos imponíveis, na reunião de eventos reveladores de capacidade contributiva, ou seja, capacidade econômica ou riqueza.¹³

9. Mathias Corrêa Domingues e Sainz de Bujanda demonstram a utilidade da proposta de pleia esfagikido princípio. Na Itália, Emilio Giardina, outre, monografista do tema,¹⁴ glorifica em sublinhar a magnificação de riqueza que devem revelar os fatos imponíveis. Runenstein afirma que mesmo o princípio da igualdade, consagrado pela Constituição suíça. Já a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, na França, conagrava a necessidade de que cada um contribuisse de acordo com suas faculdades, posses, aptidões econômicas. A mesma coisa dizia a Constituição de Weimar. Também, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. E quase unanimemente o conceito da doutrina ocidental, no deponente de Victor Uckmar, em livro clássico (divulgado em língua portuguesa) da divulgação universal.

10. A ausência do requisito implica confisco, constitucionalmente vedado como o demonstra Emilio Giardina. Franco Gaffini afirma a mesma tese, denunciando a inconstitucionalidade de “el” que contraria o princípio da contributividade. Daí que o princípio da capacidade contributiva deve ser “efetivo” para a definição de inconstitucionalidade de tributaria, com hipóteses de incidência fixada de titulares de subsistâncias econômicas. Rejeitar incrementos puramente nominais indicação de apêndice econômica. Daí o insistirem em que a desvalorização monetária ha de ser considerada (intoscendi).

11. Agir o legislador de modo contrário implica violação da Constituição, não obstante a embasamento que, entre nós, foi o feito exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, em magistral estudo sobre a eficácia das normas constitucionais. Também o Diretor Português Alberto Xavier diz que o legislador é limitado na faculdade de seleção dos fatos imponíveis, na reunião de eventos reveladores de capacidade contributiva, ou seja, capacidade econômica ou riqueza.¹³

I M P O S T O D E R E N D A

No Brasil, Amílcar Falcão demonstrou que o chamado fato gerador é um fato econômico, isto porque ele haverá de servir de indício de capacidade econômica do sujeito passivo. Sublinha que a eleição legislativa de fatos tem em vista qualificar fatos idôneos a servirem de indícios de capacidade contributiva. Por isso Alfredo Becker qualifica os fatos imponíveis como fatos-signo presuntivos de renda ou capital, sob pena de inconstitucionalidade da lei. A mesma coisa ensina Dino Jarach, ao lado de Cosciani, Da Empoli, Franco Gaffuri, F. Maffezzo, M. J. Vazio Crisafulli, Blumenstein, Buehler, Hensel e outros clássicos.

12. Cuidando já do fenômeno da desvalorização monetária, Emílio Giardina enumera os incrementos meramente nominais e, pois, aparentes, devidos à desvalorização monetária. Sublinha que a inflação exige especial cuidado do legislador, ao intérprete, para evitar que a lei resalte para a inconstitucionalidade, ou que sua aplicação torne-se inconstitucional. Alerta contra o risco da oneração da capacidade contributiva ilusória que se vai traduzir em manifestação fictícia.

13. Moschetti, na mesma linha, mostra que a perda do valor da moeda é um número (mera expressão gráfica) só formalmente mais altos, o que obriga constante revisão legislativa, tendo em vista a necessária idoneidade dos instrumentos legais, para onerar aptidão econômica efetiva e não meramente fictícia,

que é a aplicação torme-se inconstitucional. Alerta contra o risco da oneração da capacidade contributiva ilusória que se vai traduzir em manifestação fictícia.

14. A Lei brasileira 4.357, por isso mesmo — rendendo-se ao imperativo constitucional — declarou não constituir rendimentos os reajustes das ORTN.

15. No § 7º, Disso se vê que a legislação brasileira é rigorosamente coerente com as exigências constitucionais expostas.

Doutor Jarach, na sua obra, realizando o princípio da capacidade contributiva, constitucionalmente exigido (42), isto porque ele haverá de servir de indício de capacidade econômica. Por essa razão, a base de cálculo — que é a medida do aspecto material que deve ter conteúdo econômico — deve ter incidência — medida da dimensão da renda ou capital, sob pena de inconstitucionalidade, ou seja, de inconstitucionalidade da base de cálculo.

16. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini). Isso vale para a inconstitucionalidade, ou seja, de inconstitucionalidade da base de cálculo.

17. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

18. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

19. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

20. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

21. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

22. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

23. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

24. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

25. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

26. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

27. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

28. As ORTN, criadas pela Lei 4.357/64, são reajustadas periodicamente, por isso mesmo razões, a literatura qualifica como “remissivamente inconstitucional” (titular dos tributos que não revelam capacidade contributiva). Isso se deve àquando sua base de cálculo não dimensiona (nem mede) “uma fatidida vida econômica” (Dino Jarach, e Alvaro Giannini).

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

Pica claro aí, que só são tributáveis os títulos com renda. Se a ORTN configura não configura renda, e se a Lei 4.357 (art. 1º, § 7º) as declara tributáveis 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. 8º, 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 imparitivos constitucionais, antes lembrados. Aliás, a própria letra do decreto é 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 intuito 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 estesjam presentes.

20. Quando as partes convencionem negócios com índices de correção diverso, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso de transações com as próprias ORTN, é como se tratasse de papel neutro, por definição legal, não é absurda a tributação. Não há tal investimento nem aplicação financeira, nem negócio lícitativo, nem, similmente, da negociação e o valor de quatuor. Tudo é direito, estás diante de dívida de valor e não de dívida de dinheiro, comércio? Pode ser descabível, destarte, interpretação que pretenda aplicar os arts. 4º do Dec-lei 2.072, às operações relatadas na consulta. Se a ORTN é título de dívida, Deságio é certo como conceituado no Dec-lei 2.072, as duas alianças ora descrito não constitui. Persiste em vigor o art. 1º, § 7º, da Lei 4.357. Doutro lado, não há nada que indique que o Dec-lei 2.072 quis tributar operações com as próprias ORTN fisico, abusivamente, neles quis incluir operações com a Fazenda. O art. 2.072, E. B. de cláusula meridiana que nem mesmo a Instituição Normativa SRIJOR des 30/9/85, contém essa designação, explicitamente, "títulos de crédito".

Nem assim seria possível entender, porque o art. 45º tipo ORTN define renda como "prédio do trabalho, do capital ou da combinação de ambos", transformação de uma quantia de dinheiro em ORTN não pode ser entendida como captação ou investimento de capital, portanto, a Fazenda não é competente para tributar a conversão de valor nominal de ORTN para ORTN. E que é isto? É conversão patrimonial? Ora, não há acréscimo de valor nominal e fictício, contra o qual as advertências da doutrina foram feitas, como é o caso de títulos e sámplos. O reajustamento das ORTN significa, por conseguinte, novo regime espécifica, prevento a tributação dos juros, caso em que estejam presentes.

20. Quando as partes convencionem negócios com índices de correção diverso, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso, é possível, ainda em tese, cogitar-se da existência de lucro. No caso,

IMPOSTO DE RENDA

163

de meta reposição ou atualização de valor da moeda existente. Há impossibilidade técnica-jurídica de subsumir esse fenômeno ao conceito legal da ORTN. Na verdade, estás diante de dívida de valor e não de dívida de dinheiro, como implicitamente conhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

24. A sentença que pretendeu enquadrar a operação descrita na consulta Dec-lei 2.072, é duplamente equivocada, porque: a) desconheceu o cunho monetário nominal da variação das ORTN; b) ignorou o imperativo constitucional da capacidade contributiva; c) aliou a lição que ensina que os fatos impostos devem ter conteúdo econômico; e d) por isso, terminou não lendo o próprio autor da norma que (impropriamente) aplicou, que se refere a "deságio" com renda.

Dai, 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.

IMPOSTO DE RENDA

163

uma deposição ou atualização de valor da moeda existente. Há impossibilidade técnica-jurídica de subsumir esse fenômeno ao conceito legal da ORTN. Na verdade, estás diante de dívida de valor e não de dívida de dinheiro, como implicitamente conhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

A sentença que pretendeu enquadrar a operação descrita na consulta Dec-lei 2.072, é duplamente equivocada, porque: a) desconheceu o cunho monetário nominal da variação das ORTN; b) ignorou o imperativo constitucional da capacidade contributiva; c) aliou a lição que ensina que os fatos impostos devem ter conteúdo econômico; e d) por isso, terminou não lendo o próprio autor da norma que (impropriamente) aplicou, que se refere a "deságio" com renda.

Dai, 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.