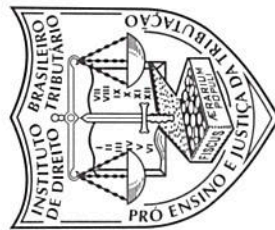


Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luis Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

REVISTA
**DIREITO
TRIBUTÁRIO
ATUAL**

21



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 2007

Pessoas Jurídicas, Sociedade e o Estado: uma Defesa do Imposto das Pessoas Jurídicas*

Reuven S. Avi-Yonah**

Irwin I. Cohn Professor de Direito, University of Michigan. B.A. (History), Hebrew University, 1983; Ph.D. (History), Harvard University, 1986; J.D., Harvard Law School, 1989.

"The power to tax involves the power to destroy."¹

(Ministro Presidente da Suprema Corte Norte-americana John Marshall)

"The power to tax is not the power to destroy while this Court sits."²

(Ministro da Suprema Corte Norte-americana Oliver Wendell Holmes, Jr.)

Resumo

O presente artigo propõe o primeiro estudo completo em favor da existência do atual imposto de renda das pessoas jurídicas. É sustentado que as razões normalmente dadas para a sua existência (principalmente como um meio indireto de tributar os sócios, ou, alternativamente, um meio de tributar o benefício de atuar na forma de pessoa jurídica) são inadequadas. Posteriormente, é explicado quais eram as justificativas originais para criação do imposto das pessoas jurídicas em 1909, notadamente a regulação do poder da administração. Essa justificativa é oriunda da visão "real" da pessoa jurídica, a qual foi a visão dominante ao longo das várias transformações que as formas das pessoas jurídicas tiveram, desde os tempos romanos até hoje. Voltando para o argumento normativo, o artigo sustenta que a justificativa regulatória de 1909 ainda é válida, uma vez que as condições sociais daquela época são similares às atuais, sendo, na verdade, ainda mais convincentes hoje, tendo em vista o aparecimento das empresas multinacionais. Finalmente, o artigo sustenta que é necessário ter em mente esta

* "Corporations, Society, and the State: a Defense of the Corporate Tax", traduzido por Eduardo Arruda Madeira. João Victor Guedes Santos e Ricardo Augusto Gil Reis Rodrigues. O artigo foi publicado na *Virginia Law Review* vol. 90, número 5, setembro de 2004, pp. 1.193-1.250.

** Eu gostaria de agradecer Bill Andrews, Steve Bank, Michael Barr, Suzie Blumenthal, David Bradford, John Braithwaite, Yaviv Brauner, John Coates, Victor Fleischer, Rich Friedman, Bruce Frier, Bill Gale, David Glikberg, Tom Green, Daniel Halperin, Al Harberger, David Hasen, Don Herzog, Jim Hines, Doug Kahn, Louis Kaplow, Marjorie Kornhauser, Rich Lavoie, David Lenter, Assaf Likhovski, Kyle Logue, Yoram Margalioyot, Deborah Schenk, David Schizer, Steve Shavell, Dan Shaviro, David Skeel, Joel Slemrod, Kirk Stark, John Tiley, Bernie Wolfman, Eric Zolt e os participantes de workshops em Columbia, Harvard, Michigan, NYU, Northwestern, e Ucla Law Schools, na Brookings Institution, e na Conferência da RegNet em 2003 na Australian National University e na Conferência de História da Tributação em 2004 na Cambridge University. Muito obrigado a Amir Chen-chinski pela meticulosa assistência de pesquisa.

N.T.: o autor utiliza as expressões *corporation* e *corporate tax* ao longo de todo o texto, as quais foram traduzidas por pessoa jurídica e imposto da pessoa jurídica, respectivamente. Demais anotações explicativas dos tradutores são apresentadas entre parêntesis.

¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 431 (1819).

² *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, 277 U.S. 218, 223 (1928) (vencido, Holmes, J.).

justificativa para, do ponto de vista normativo, dar suporte à briga contra as duas ameaças atuais ao imposto das pessoas jurídicas, quais sejam, os fenômenos do planejamento tributário e da competição fiscal.

Abstract

This article attempts to provide the first comprehensive rationale for defending the current corporate income tax. It argues that the usual reasons for the tax (primarily as an indirect way of taxing shareholders, or alternatively as a form of benefit tax) are inadequate. It then explains what the original rationale to adopt this tax was in 1909, namely to regulate managerial power, and that this rationale stems from the "real" view of the corporation, which was the dominant view throughout the many transformations underwent by the corporate form from Roman times to the present. Turning to normative argument, the article then argues that the regulatory rationale given for taxing corporations in 1909 is still valid, since similar social conditions continue to exist, and in fact is strengthened by the rise of multinational enterprises. Finally, the article argues that this rationale is necessary from a normative perspective to support the fight against the two crucial current threats to the corporate tax posed by the corporate tax shelter and tax competition phenomena.

Introdução

As pessoas jurídicas estão em todo lugar e em lugar nenhum. Elas estão em todo lugar, primeira e principalmente, no cenário econômico: uma larga percentagem da atividade econômica nos Estados Unidos é desenvolvida por meio de pessoas jurídicas.³ Mas o alcance das pessoas jurídicas é muito mais extenso que isso. Muitas de nossas outras instituições, incluindo universidades, igrejas, hospitais e outras organizações não lucrativas, estão constituídas sob a forma de pessoa jurídica. Outras proeminentes características de nossa sociedade, como a democracia representativa, originaram-se do uso da forma da pessoa jurídica na Inglaterra medieval.⁴ Mesmo a idéia do Estado em si mesmo originou-se de noções legais romanas e medievais acerca das pessoas jurídicas (*corporate bodies*).⁵

E, ainda, as pessoas jurídicas estão em lugar nenhum. A mais seguida teoria acadêmica sobre o conceito de pessoas jurídicas, a teoria do nexo dos contratos (ou teoria do contratualismo), estatui que pessoas jurídicas realmente não existem; elas são meramente um conveniente ponto de conexão para um conjunto de relacio-

³ William G. Roy, *Socializing Capital: the Rise of the Large Industrial Corporation in América* 5 (1997).

⁴ Sobre democracia representativa e sua conexão aos burgos como uma pessoa jurídica, conferir, por exemplo, Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought* (1964); Brian Tierney, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought*, pp. 1.150-50 (1982).

⁵ Sobre as origens romanas, cf. P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (1938); Otto Gierke, *Associations and Law: the Classical and Early Christian Stages*, pp. 95-142 (George Heiman ed. & trans., 1977); Fritz Schultz, *Classical Roman Law*, pp. 86-102 (1951). Sobre desenvolvimentos medievais, cf. Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: a Study in Medieval Political Theology*, pp. 273-313 (1957).

namentos entre sócios, detentores de títulos, empregados, consumidores e outros. Qualquer análise acadêmica útil sobre a pessoa jurídica deve começar negando sua existência e visualizando os vários grupos de pessoas interagindo através da pessoa jurídica. Essa é a visão agregadora (*aggregate view*) da pessoa jurídica, que a vê principalmente como o amálgama dos seus titulares.

Mas nem sempre isso foi assim. Por volta de 1909, quando o imposto de renda das pessoas jurídicas foi primeiramente adotado, existia uma variedade de teorias sobre as pessoas jurídicas, e algumas delas estatuíram que as pessoas jurídicas tinham uma real existência separada tanto de seus sócios como do Estado. Obviamente, a pessoa jurídica em si mesma era uma ficção legal, mas a gestão da pessoa jurídica era real, e o poder de gestão empresarial sobre empregados, sócios e a sociedade como um todo era real também.

O objetivo deste artigo é examinar o relacionamento entre pessoas jurídicas, sociedade e o Estado através das fontes do imposto de renda das pessoas jurídicas. O imposto de renda das pessoas jurídicas oferece uma oportunidade única para examinar essa ampla questão porque, primeiro, é um meio pelo qual o Estado intervém diretamente nos negócios das pessoas jurídicas; e segundo, porque várias teorias sobre o porquê de o imposto de renda das pessoas jurídicas existir ilustram a dicotomia entre a visão real (*real view*) e a visão agregadora (*aggregate view*) da pessoa jurídica. Quando o imposto das pessoas jurídicas foi primeiramente adotado em 1909, a visão real era dominante e o imposto era concebido principalmente como um expediente para regular a gestão empresarial em relação a outras partes que tenham interesse na pessoa jurídica (*stakeholders*) e o Estado. Hoje, todavia, a visão agregadora predomina (nexo de contratos), e o imposto é visto principalmente como um meio indireto de tributar sócios.

Este artigo é dividido em quatro partes. A parte I examinará as atuais justificativas para a existência do imposto das pessoas jurídicas. Esse exame é necessário por duas razões. Primeiro, porque alguns acadêmicos e operadores do Direito (inclusive o ex-Secretário do Tesouro) discutem a necessidade do imposto das pessoas jurídicas. Segundo, é necessário porque certas tendências práticas (principalmente planejamentos tributários e competição fiscal) estão erodindo a existente base tributária pessoa jurídica, e é difícil montar uma convincente defesa normativa do imposto contra essas tendências sem entender o porquê de nós precisarmos do imposto em primeiro lugar. A parte I concluirá que as atuais justificativas para o imposto estão baseadas no modelo agregador, mas são fundamentalmente defeituosas, e essas atuais tentativas de encontrar bases alternativas para o imposto também não são convincentes.

A parte II reconstruirá as razões originais para a instituição do imposto das pessoas jurídicas em 1909 e mostrará que ela foi baseada na teoria real da pessoa jurídica, e que o imposto foi visto principalmente como um expediente regulatório para limitar o poder de gestão. Nesse sentido, outra foi a justificativa quando da instituição do antigo imposto das pessoas jurídicas, o imposto de 1894, que foi visto principalmente como um meio de tributar sócios.

A parte III começará a parte normativa do artigo através do questionamento sobre se a motivação original do imposto das pessoas jurídicas possui alguma força remanescente hoje. Nessa parte argumentar-se-á que ela ainda possui, tanto porque a visão real é uma melhor aproximação da realidade do que a visão agre-

gadora, como porque o poder de gestão ainda é uma questão importante. De fato, o crescimento das empresas multinacionais (MNEs) demonstra uma nova mudança no relacionamento entre pessoas jurídicas, sociedade e o Estado, que requer o reexame do relacionamento de forma similar ao que ocorreu em 1909. O imposto das pessoas jurídicas (estendido internacionalmente) ainda pode possuir um importante papel na regulação desse relacionamento.

A parte IV concluirá examinando algumas das implicações políticas dos argumentos sustentados anteriormente. Em particular, argumentará que o imposto das pessoas jurídicas deveria ser mantido e defendido contra planejamentos fiscais e competição fiscal. Essa parte também sugere que a integração entre impostos sobre as pessoas jurídicas e impostos sobre sócios, como parcialmente adotada pelo Congresso norte-americano em 2003, não é necessária para evitar "dupla tributação", embora isso possa talvez ser defendido com diferentes argumentos.

I. Atuais Justificativas para o Imposto das Pessoas Jurídicas

O imposto de renda das pessoas jurídicas está sob ataque. O Secretário Paul O'Neill, ex-Secretário do Tesouro, anunciou que esse imposto deveria ser abolido,⁶ e que o atual caminho de eliminar a tributação de dividendos pode ser visto como o primeiro passo para esse objetivo.⁷ Um número significativo de acadêmicos da área tributária tem discutido no sentido da eliminação desse imposto.⁸ Outros acadêmicos têm pleiteado uma reforma tributária radical.⁹ Mas nenhum acadêmico, nos anos recentes, construiu uma séria e convincente defesa normativa do porquê de este custoso imposto dever ser mantido.¹⁰

⁶ John Hughes, *Corporate Income Tax in O'Neill's Sights: Treasury Secretary Hopes to End Levy*, Wash. Post, 20 de maio de 2001, p. A7; cf. também *Corporate Tax: Time to Hiss: a Bad Tax Whose Time Has Gone*, The Economist, 31 de janeiro de 2004, p. 14.

⁷ Departamento do Tesouro norte-americano: *The President's Proposal to End the Double Tax on Corporate Earnings*, em <http://www.ustreas.gov/press/releases/kd3762.htm> (14 de janeiro de 2003) (nos arquivos da *Virginia Law Review Association*).

⁸ Cf., e.g., Joseph M. Dodge, *A Combined Mark-to-Market and Pass-Through Corporate-Shareholder Integration Proposal*, 50 Tax L. Rev. 265, pp. 266-67 (1995) (propondo a integração entre o imposto de renda das pessoas jurídicas e o dos sócios); Daniel Halperin, *Fundamental Tax Reform*, 48 Emory L.J. 809, pp. 820-22 (1999) (propondo uma combinação de mudanças incluindo completa indexação e integração); Anthony P. Polito, Note, *A Proposal for an Integrated Income Tax*, 12 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1009, p. 1.048 (1989) (discutindo que a integração alcança justiça vertical e horizontal).

⁹ Cf., e.g., Joseph Bankman, *A Market-Value Based Corporate Income Tax*, 68 Tax Notes 1347, 1347-48 (1995) (discutindo a operação de um regime baseado em valor de mercado que poderia substituir o imposto das pessoas jurídicas); Michael S. Knoll, *An Accretion Corporate Income Tax*, 49 Stan. L. Rev. 1, p. 1 (1996) (propondo que o imposto da pessoa jurídica incida sobre as mudanças do valor de mercado dos valores mobiliários (*securities*) das pessoas jurídicas).

¹⁰ Alguns acadêmicos têm defendido a dupla tributação nas pessoas jurídicas, mas eles têm analisado se o imposto deve ser integrado, mas não se deve continuar a existir. Cf. Terrence R. Chorvat, *Apologia for the Double Taxation of Corporate Income*, 38 Wake Forest L. Rev. 239, pp. 242-43 (2003); Jasper L. Cummings, Jr., "Taxing Business Income Once": where's the Beef? *A Review and Critique of the Treasury Integration Study*, 54 Tax Notes 1391, 1395 (1992); Jeffrey L. Kwall, *The Uncertain Case Against the Double Taxation of Corporate Income*, 68 N.C.L. Rev. 613, p. 616 (1990); Herwig J. Schunk, *I Come not to Praise the Corporate Income Tax, but to save it*, 56 Tax L. Rev. 329, pp. 332-33 (2003). Outros acadêmicos têm proposto maneiras de integrar o imposto das pessoas jurídicas, mas mantendo em seu lugar atual. Cf. Anthony P. Polito, *Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law*, 30 Ariz. St. L. J. 761, pp. 794-810 (1998); George K.

Essa ausência de uma justificativa normativa para manter o imposto torna-se importante por três razões. Primeiro, o imposto das pessoas jurídicas é muito complicado e impõe significativos custos de transação para a sociedade. Muitos dos mais preparados e talentosos advogados tributaristas deste país devotaram suas carreiras para as complexidades do Subchapter C.¹¹ Segundo, há um disseminado consenso entre economistas de que impor uma carga tributária apenas sobre determinadas entidades e não sobre outras trazem significativas perdas à sociedade, haja vista que a questão tributária acaba por conduzir os empresários a optarem por determinadas formas de organização que não seriam as preferidas.¹² Na ausência de uma boa razão para ter o imposto, esses dois motivos levam a crer que o imposto das pessoas jurídicas deve deixar de existir.

Terceiro, e talvez mais importante, a base do imposto das pessoas jurídicas tem sido erodida na prática. As receitas decorrentes do imposto de renda das pessoas jurídicas representaram cerca de um quarto de todas as receitas federais tributárias em 1965;¹³ hoje, a arrecadação com esse imposto totaliza menos de um décimo das receitas, número que está diminuindo.¹⁴ Há duas razões principais para esse declínio nos últimos anos e nenhuma delas resulta de uma decisão consciente do Congresso de reduzir o imposto.¹⁵ A primeira é o crescimento de uma indústria do planejamento tributário voltada para a pessoa jurídica, por meio da qual algumas das melhores mentes da América esmiúçam o Código para encontrar meios de reduzir passivos tributários, e os vendem para clientes em troca de altos honorá-

Yin, Corporate Tax Integration and the Search for the Pragmatic Ideal, 47 Tax L. Rev. 431, pp. 504-05 (1992).

¹¹ Cf. Joel B. Slemrod & Marsha Blumenthal, The Income Tax Compliance Cost of Big Business, 24 Pub. Fin. Q. 411, pp. 435-36 (1996).

¹² Cf. Jane G. Gravelle & Laurence Kotlikoff, The Incidence and Efficiency Costs of Corporate Taxation when Corporate and Noncorporate Firms Produce the Same Good, 97 J. Pol. Econ. 749, pp. 750-52 (1989); Austan Goolsbee, The Impact and Inefficiency of the Corporate Income Tax: Evidence from State Organizational Form Data (Nat'l Bureau of Econ. Research Working Paper nº w9141, março de 2002), em <http://www.nber.org/papers/w9141> (no arquivo da *Virginia Law Review Association*). Integração reduz, mas não elimina essas perdas de bem estar porque sob a maior parte das formas de integração ainda há tributação diferencial entre pessoas jurídicas e outras entidades. Cf. Michael J. Graetz & Alvin C. Warren, Jr., Integration of Corporate and Individual Income Taxes: an Introduction to the Issues, in *Integration of the U.S. Corporate and Individual Income Taxes*: the Treasury Department and American Law Institute Reports 3, pp. 15-17 (Michael J. Graetz & Alvin C. Warren eds., 1998).

¹³ Decline of Corporate Tax Revenues: Hearing Before the S. Comm. on Fin., 101^o Cong. 2 (1990) (pronunciamento do senador Moynihan); Reuven S. Avi-Yonah, Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 Harv. L. Rev. 1573, p. 1.619 (2000) [doravante AVI-YONAH, Globalization].

¹⁴ Joel Friedman, The Decline of Corporate Income Tax Revenues 4 fig. 1, em <http://www.cbpp.org/10-16-03tax.pdf> (24 outubro de 2003) (no arquivo da *Virginia Law Review Association*).

¹⁵ As alíquotas do imposto das pessoas jurídicas foram maiores antes de 1986, mas a base era mais estreita, de forma que o *Tax Reform Act* de 1986 (que reduziu a alíquota de 46% para a alíquota atual de 34%) fez mesmo assim com que crescesse a carga tributária das pessoas jurídicas. S. Rep. nº 99-313, p. 78 (1986); Michael J. Graetz, The Decline (and Fall?) of the Income Tax 133 (1998); Jeffrey H. Birnbaum, Showdown in Gucci Gulch, 40 Nat'l Tax J. 357 (1987). As alíquotas efetivas do imposto hoje, contudo, estão próximas às que estavam antes de 1986. Cf. George K. Yin, How Much Tax Do Large Public Corporations Pay?: Estimating the Effective Tax Rates of the S&P 500, 89 Va. L. Rev. 1793, p. 1.797 (2003) [doravante YIN, Effective Tax Rates]; Friedman, nota *supra* 14, p. 8 fig. 3.

rios.¹⁶ Estimativas das perdas de receita variam, mas há um consenso de que é significativo e de que o Serviço Interno da Receita Federal Norte-americana (IRS) nem de longe tem sido capaz de pará-la com as armas disponíveis.¹⁷ A segunda razão para o declínio das receitas tributárias oriundas das pessoas jurídicas é a competição fiscal entre países para atrair investimentos, que teve um crescimento significativo nas últimas duas décadas.¹⁸ Essa competição permite que pessoas jurídicas como a Intel não paguem impostos sobre sua renda auferida fora dos Estados Unidos.¹⁹ A mais recente manifestação dessa tendência tem sido as transações de inversão (*inversion transactions*), nas quais as pessoas jurídicas situadas nos Estados Unidos nominalmente movem sua sede para um paraíso fiscal como as Bermudas. Esse tipo de transação pode resultar num dramático decréscimo nas alíquotas tributárias mundiais efetivas para a pessoa jurídica inversora. (*inverting corporation*).²⁰

A resposta para ambas essas tendências tem sido as tentativas do Congresso e da IRS de combater os planejamentos tributários internamente,²¹ e as tentativas internacionais de organismos como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a União Européia para restringir a competição fiscal prejudicial.²² Os esforços, contudo, têm sido impedidos pela falta de uma conveniente justificativa normativa do imposto das pessoas jurídicas. Na ausência de uma justificativa, oponentes desses esforços podem retratá-las como um puro ato de arrecadar mais receita, e defensores ficam em uma posição difícil ao tentar explicar o que há de tão ruim no fato de o contribuinte tentar escapar da tributação do imposto das pessoas jurídicas.²³

¹⁶ Cf., e.g., Joseph Bankman, The New Market in Corporate Tax Shelters, 83 Tax Notes 1775, 1780-82 (1999); David A. Weisbach, The Failure of Disclosure as an Approach to Shelters, 54 SMU L. Rev. 73, p. 74 (2001); cf. também George K. Yin, Getting Serious About Corporate Tax Shelters: Taking a Lesson from History, 54 SMU L. Rev. 209, p. 214 (2001) [doravante YIN, Tax Shelters] (descrevendo respostas legislativas para planejamentos fiscais).

¹⁷ Cf. YIN, Tax Shelters, nota *supra* 16, p. 216. A jurisprudência é variada. Cf., e.g., *Compaq Computer Corp. v. Comm'r*, 277 F.3d 778, 788 (5^o Cir. 2001) (encontrando substância econômica e propósito negocial); *United Parcel Serv. v. Comm'r*, 254 F.3d 1014, 1020 (11^o Cir. 2001) (mesmo); *ACM P'ship v. Comm'r*, 157 F.3d 231, 263 (3^o Cir. 1998) (encontrando substância econômica insuficiente, mas permitindo certos limites de deduções para atuais perdas econômicas).

¹⁸ Cf. AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, pp. 1.575-76; Julie Roin, Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition, 89 Geo. L. J. 543, pp. 546-49 (2001).

¹⁹ AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, p. 1.589.

²⁰ Cf. Reuven S. Avi-Yonah, For Haven's Sake: Reflections on Inversion Transactions, 95 Tax Notes 1793, 1.794 (2002) [doravante AVI-YONAH, Haven's Sake]; Mihir Desai & James R. Hines, Jr., Expectations and Expatiations: Tracing the Causes and Consequences of Corporate Inversions, 55 Nat'l Tax J. 409, p. 421 (2002).

²¹ Cf. Staff of Joint Comm. on Taxation, 107^o Cong., Background and Present Law Relating to Tax Shelters (Comm. Print 2002), disponível em <http://www.house.gov/jct/x-19-02.pdf> (21 de março de 2002) (no arquivo da *Virginia Law Review Association*); Gerald W. Miller, Jr., Corporate Tax Shelters and Economic Substance: an Analysis of the Problem and its Common Law Solution, 34 Tex. Tech L. Rev. 1015, pp. 1.065-67 (2003); Jeffrey H. Paravano & Melinda L. Reynolds, 798 Tax Mgmt. Tax Shelters (BNA 2003).

²² Cf., e.g., AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, pp. 1.652-66; Yorram Margalioth, Tax Competition, Foreign Direct Investment and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries, 23 Va. Tax Rev. 161, pp. 197-98 (2003); ROIN, nota *supra* 18, pp. 547-48.

²³ Cf., e.g., David J. Shakow, Withier, "C", 45 Tax L. Rev. 177, pp. 182-83 (1990) (sugerindo, em resposta a Bernard Wolfman, Whither "C"? 38 Tax Notes, 1269 (1988), que seria melhor que o imposto das pessoas jurídicas fosse eliminado).

Nesta parte, eu examino as existentes, e não convincentes, tentativas de defender a existência do imposto das pessoas jurídicas.²⁴ Essas defesas podem generalizar-se divididas em três tipos, que correspondem a três teorias das pessoas jurídicas abaixo descritas: agregadora (*aggregate*), realidade objetiva (*real entity*) e ficção legal (*artificial entity*).²⁵ O primeiro e mais comum tipo de defesa vê o imposto das pessoas jurídicas como um conveniente expediente de gestão para coletar impostos dos sócios. Essa visão reflete a atualmente dominante teoria agregadora (contratualismo, nexos dos contratos) da pessoa jurídica como uma amálgama dos seus sócios. O segundo tipo de defesa vê o imposto das pessoas jurídicas como um pagamento por algum tipo de benefício conferido pelo Estado. Essa defesa reflete a teoria artificial da pessoa jurídica como devedora de sua existência ao Estado. Finalmente, o terceiro tipo de defesa associa o imposto das pessoas jurídicas ao relacionamento entre sócios e a gestão e vê o imposto das pessoas jurídicas como um mecanismo para regulamentar esse relacionamento. Essa defesa é próxima à visão real da pessoa jurídica como entidade separada tanto dos sócios como do Estado.

A. Defesas do imposto das pessoas jurídicas com base na teoria "agregadora"

A mais comum defesa atual do imposto das pessoas jurídicas é baseada na teoria agregadora, na qual o imposto das pessoas jurídicas é visto como um meio indireto de tributar os sócios.²⁶ O argumento é o seguinte: se não houvesse a imposição de qualquer imposto das pessoas jurídicas, tendo em vista que elas são tratadas como entidades legalmente separadas de seus sócios, as pessoas físicas po-

²⁴ Uma simples justificativa do imposto das pessoas jurídicas poderia ser: o Estado tem necessidades legítimas de arrecadar receitas, parte das quais tem que ser realizada com a tributação. Pessoas jurídicas têm significativos recursos financeiros. Portanto, a justificativa do Estado para tributar pessoas jurídicas seria suprir suas necessidades de receita. Esse argumento é similar à resposta imortal de Willie Sutton do motivo por que ele roubava bancos ("é lá onde está o dinheiro"). O argumento é claramente inadequado, contudo, porque o Estado pode preencher suas necessidades de receita por outros meios, como tributando mais as pessoas físicas - a receita pelo imposto das pessoas jurídicas nos países desenvolvidos é uma percentagem suficientemente baixa do Produto Interno Bruto (PIB) que pode facilmente ser obtida pelo crescimento nos impostos sobre pessoas físicas. Isso é particularmente verdadeiro para os Estados Unidos; a alíquota, hoje baixa, do imposto sobre Valor Agregado (IVA) poderia ser muito maior e resultar em mais receita do que aquela advinda com o imposto das pessoas jurídicas, e se as receitas são usadas para propósitos redistributivos, elas poderiam ser mais regressivas. O imposto das pessoas jurídicas poderia ser mais difícil de substituir na Europa (onde há alíquotas altas de imposto de renda da pessoa física e de IVA), e até mais difícil nos países em desenvolvimento, onde podem representar 25% das receitas totais fiscais. Cf. Aseggedeh Wolde Mariam, Summary Tax Structure Tables, pp. 1.975-92, in Tax Policy Handbook 287, 294 tbl.6, 300 tbl.12, 303 tbl.18, 306 tbl.24, 312 tbl.30 (Parthasarathi Shome ed., 1995). Portanto, é necessária uma justificativa mais elaborada para o imposto das pessoas jurídicas.

²⁵ Para uma exposição mais completa dessas três teorias, cf. a parte III *infra*. Essas teorias são os es- tandartes descritos na literatura. Cf., e.g., William W. Bratton, Jr., The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History, 41 Stan. L. Rev. 1471, pp. 1.475-76 (1989); Henry N. Butler, The Contractual Theory of the Corporation, 11 Geo. Mason L. Rev. 99, pp. 99-101 (1989); Mark M. Hager, Bodies Politic: the Progressive History of Organizational "Real Entity" Theory, 50 U. Pitt. L. Rev. 575, pp. 578-82 (1989); David Millon, Theories of the Corporation, 1990 Duke L. J. 201, pp. 201-05 (1990). Finalmente, elas baseiam-se no trabalho de três excelentes juristas alemães do século dezanove: Savigny (ficção legal), Ihering (agregadora), e Gierke (realidade objetiva). Cf. Sanford A. Schane, The Corporation is a Person: the Language of a Legal Fiction, 61 Tul. L. Rev. 563, pp. 565-67 (1987).

²⁶ Charles E. McLure Jr., Must Corporate Income Be Taxed Twice? 20 (1979).

deriam proteger-se de tributação através de auferimento de renda por meio de pessoas jurídicas.²⁷ Isso poderia resultar, no mínimo, em diferimento do imposto até o pagamento de dividendos ou até que o sócio alienasse sua participação, e poderia resultar também numa absoluta isenção de imposto de renda caso o sócio detivesse sua participação até seu falecimento e um acréscimo na base fosse disponível.²⁸ Adicionalmente, argumenta-se que recolher imposto de pessoas jurídicas em nível de recolhê-lo diretamente dos sócios tem vantagens administrativas, pois há menos pessoas jurídicas que sócios e porque sócios podem ser difíceis de serem encontrados (por exemplo, porque eles são estrangeiros ou isentos de tributação).²⁹

Por essa perspectiva, o imposto das pessoas jurídicas pode ser visto como um imposto na fonte exigido dos sócios sobre a sua renda enquanto ela ainda está na pessoa jurídica. De fato, esta foi a visão do imposto quando foi primeiramente instituído em 1894.³⁰

Naturalmente, foi estatuído que os sócios não deveriam ser tributados novamente quando dividendos fossem distribuídos, tal como empregados que recebem crédito de impostos retidos de seus proventos por parte dos empregadores. Há uma variedade de meios para alcançar esse objetivo, que foram denominados "integração". Uma recente proposta da administração Bush, a qual é seguida por muitos países, isentava de impostos os dividendos quando recebidos pelos sócios (esta proposta foi parcialmente adotada pelo Congresso).³¹ Alternativamente, como em outros países, sócios recebem, contra seus passivos tributários individuais, um crédito de impostos pagos pela pessoa jurídica.³² A terceira alternativa, que é raramente adotada, mas que também é consistente com a visão agregadora, é exigir o imposto das pessoas jurídicas, mas permitir a elas a dedução dos dividendos de sua base do imposto, tendo portanto como efeito a eliminação do imposto das pessoas jurídicas na medida em que os lucros são distribuídos, com a conseqüente tributação destes nas mãos dos sócios.³³

²⁷ Cf., e.g., Roger H. Gordon & Jeffrey K. MacKie-Mason, Why is there Corporate Taxation in a Small Open Economy? The Role of Transfer Pricing and Income Shifting, in The Effects of Taxation on Multinational Corporations 67, p. 69 (Martin Feldstein et al. eds., 1995); Richard M. Bird, Why Tax Corporations? (Comm. on Bus. Taxation, Can. Dep't of Fin., Working Paper n.º 96-2, dezembro de 1996), em <http://www.fin.gc.ca/taxstudy/wp96-2e.html> (no arquivo da Virginia Law Review Association).

²⁸ Cf. I.R.C. § 1014 (a)(1) (2000).

²⁹ Bird, nota *supra* 27, pp. 9-12.

³⁰ Steven A. Bank, Entity Theory as Myth in the Origins of the Corporate Income Tax, 43 Wm. & Mary L. Rev. 447, pp. 497-98 (2001).

³¹ Cf. U.S. Treasury Dep't, nota *supra* 7; Reuven S. Avi-Yonah, The Pitfalls of International Integration: a Comment on the Bush Proposal and its Aftermath, Int'l Tax & Pub. Fin. (accessível 2004) (manuscrito p. 1, no arquivo da Virginia Law Review Association) [doravante AVI-YONAH, Pitfalls]. Cf. Seção IV.C para completa discussão sobre integração.

³² Cf., e.g., Michael J. Graetz & Alvin C. Warren, Jr., Integration of Corporate and Individual Income Taxes: an Introduction, 84 Tax Notes 1767, 1769 (1999); Richard J. Vann, General Report: Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation?, in International Fiscal Association 2003 Sydney Conference 21, pp. 30-32 (2003); Alvin Warren, The Relation and Integration of Individual and Corporate Income Taxes, 94 Harv. L. Rev. 717, pp. 773-74 (1981). A principal diferença entre os dois métodos é que com a isenção dos dividendos, o imposto das pessoas jurídicas é final e, portanto, nenhum contribuinte paga imposto a uma alíquota maior que a alíquota da pessoa jurídica, enquanto o crédito aos sócios permite a progressividade. Como Vann comenta, a tendência caminha na direção do método da isenção. Cf. VANN, *supra*, p. 68.

³³ Cf. GRAETZ & WARREN, nota *supra* 32, p. 1.769. Essa alternativa raramente é adotada porque não permite, de maneira fácil, o recolhimento de imposto dos sócios estrangeiros e dos sócios isentos.

Não é pacífico, contudo, que não existem meios práticos de tributar os sócios sobre a renda obtida pela pessoa jurídica, sem exigir um imposto no nível das pessoas jurídicas.³⁴ Pessoas jurídicas podem, para esse propósito, ser divididas em duas categorias - de capital fechado (*closely-held*) e as com quotas negociadas em bolsa (*publicly traded*). Para as pessoas jurídicas de capital fechado a solução óbvia é tributar os sócios diretamente na renda da pessoa jurídica quando esta for auferida, haja vista que ela pode facilmente ser atribuída a eles (sendo ou não distribuída). Este é, de fato, o meio pelo qual a maioria das pessoas jurídicas de capital fechado são atualmente tributadas nos Estados Unidos - elas também são chamadas de "pessoas jurídicas S" (*S corporations*) ou Pessoas Jurídicas de Responsabilidade Limitada (LLC) que são tratadas como *partnerships* ou firmas individuais para fins fiscais. Em ambos os casos, nenhum imposto no nível da pessoa jurídica é exigido, e os sócios são tributados diretamente nos lucros pessoas jurídicas quando eles são auferidos. Parece ser uma simples questão estender esse tratamento, que atualmente é facultativo, para todas as pessoas jurídicas de capital fechado.³⁵

A maioria dos impostos das pessoas jurídicas instituídos, contudo, é coletada de pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa, e para estas geralmente é assumido que a tributação diretamente nos sócios (*pass through taxation*) não é administrativamente viável.³⁶ Precisamente porque possuem ações negociadas em bolsa, contudo, uma alternativa pronta se apresenta para lidar com o problema do diferimento - tributar sócios numa base de cotação a mercado (*mark-to-market taxation*) decorrente da apreciação ou depreciação de suas ações. As objeções comuns para a *mark-to-market taxation* são baseadas nas preocupações com liquidez e avaliação, mas nenhuma dessas questões se aplica às ações negociadas em bolsa. Elas são líquidas por definição e seu valor pode ser encontrado numa base diária mediante a abertura das páginas financeiras de qualquer jornal.

Mark-to-market taxation é o normativo ideal do imposto de renda da pessoa jurídica para Haig-Simons, e muitos autores defendem o movimento nessa direção

³⁴ Adicionalmente, não está claro que o imposto das pessoas jurídicas de fato recaia sobre sócios, do ponto de vista econômico - em algumas circunstâncias o ônus pode recair sob consumidores ou trabalhadores. Muitos economistas assumem, contudo, que o imposto recai, no curto prazo, ao menos em parte nos sócios, e, no longo prazo, em todos os que aportam capital. Cf., e.g., Martin Feldstein, *Incidence of a Capital Income Tax in a Growing Economy with Variable Savings Rates*, 41 *Rev. Econ. Stud.* 505, pp. 510-11 (1974); GRAETZ & WARREN, *nota supra* 32, p. 1.774; Ronald E. Grieson, *The Incidence of Profits Taxes in a Neo-Classical Growth Model*, 4 *J. Pub. Econ.* 75, pp. 82-84 (1975); Masaaki Homma, *A Dynamic Analysis of the Differential Incidence of Capital and Labour Taxes in a Two-Class Economy*, 15 *J. Pub. Econ.* 363, pp. 374-77 (1981); Kenneth L. Judd, *Redistributive Taxation in a Simple Perfect Foresight Model*, 28 *J. Pub. Econ.* 59, pp. 59-60 (1985); Don Fullerton & Gilbert E. Metcalf, *Tax Incidence 20-23* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper n° w8829, 2002), em <http://www.nber.org/papers/w8829.pdf> (no arquivo da *Virginia Law Review Association*); Casey B. Mulligan, *Capital Tax Incidence: First Impressions from the Time Series 18-19* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper n° w9374, 2002), em <http://www.nber.org/papers/w9374.pdf> (no arquivo da *Virginia Law Review Association*). Todos esses estudos refinam o clássico trabalho de Arnold Harberger. Cf. Arnold Harberger, *The Incidence of the Corporation Income Tax*, 70 *J. Pol. Econ.* 215 (1962).

³⁵ Cf. George K. Yin, *The Future Taxation of Private Business Firms*, 4 *Fla. Tax Rev.* 141, pp. 151-53 (1999) (estatuindo o caso básico para tributar sócios).

³⁶ Porém, cf. POLITO, *nota supra* 8, pp. 1.032-34 (sugerindo vários métodos para se fazer uma integração administrativamente viável).

na medida em que seja administrativamente viável fazer isso.³⁷ O professor Dodge a tem explorado exaustivamente, tendo já demonstrado sua viabilidade para sócios de pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa.³⁸ Ademais, esse tipo de tributação também existe na prática - aos sócios norte-americanos de certas pessoas jurídicas estrangeiras que majoritariamente auferem renda passiva (*Passive Foreign Investment Companies*, ou PFICs) é dada a escolha entre pagar imposto sobre a renda da pessoa jurídica diretamente (caso a pessoa jurídica concorde em fornecer as informações necessárias, o que geralmente se aplica apenas quando a pessoa jurídica possui capital fechado), pagando o imposto sobre as ações numa base *mark-to-market*, ou pagar uma comissão quando eles receberem dividendos ou quando alienarem suas ações.³⁹ Um sistema similar poderia ser aplicado a todas as pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa.

A *mark-to-market taxation* é complexa, e exigir imposto sobre ganhos não realizados é provavelmente ir ao encontro de significativa oposição política. Os custos administrativos não são, contudo, maiores que os custos que existem sobre a tributação das pessoas jurídicas, e a oposição política precisa ser confrontada com a posição política para repelir o imposto das pessoas jurídicas.⁴⁰ A adoção das regras PFIC em 1986 mostra que essa solução não é politicamente inimaginável.

Finalmente, outras vantagens administrativas para manter o imposto das pessoas jurídicas podem ser trazidas à tona. Realmente é mais fácil coletar imposto de poucas pessoas jurídicas do que de muitos sócios, mas até se assumirmos que um imposto de fato substitui o outro, essa vantagem precisa ser confrontada com os altos custos de ter o primeiro imposto.⁴¹ Dessa perspectiva, o mais convincente argumento é que o imposto das pessoas jurídicas é necessário quando é difícil alcançar os sócios porque eles são isentos ou estrangeiros. Uma larga percentagem do capital das pessoas jurídicas é de fato detido por sócios isentos, mas não está claro, sob o ponto de vista normativo, porque esses sócios devem ser tributados na renda que ganham por meio das pessoas jurídicas, mas não em outro tipo de renda.⁴² No caso dos estrangeiros, pode ser possível tributar, pelo menos, sócios estrangeiros tanto em dividendos como em ganhos de capital mediante retenção na fonte.⁴³ Além disso, manter integralmente o imposto das pessoas jurídicas apenas com o objetivo de alcançar sócios estrangeiros em um país como os Estados Unidos, no qual a larga maioria dos sócios é norte-americana, não parece ser razoável.⁴⁴

³⁷ HALPERIN, *nota supra* 8, p. 817; David J. Shakov, *Taxation without Realization: a Proposal for Accrual Taxation*, 134 *U. Pa. L. Rev.* 1.111, pp. 1.113-18 (1986). Note que, na medida em que se deve incrementar a progressividade no sistema tributário como um todo, tributar sócios de forma direta é o meio mais adequado.

³⁸ Cf. DODGE, *nota supra* 8, pp. 294-97.

³⁹ I.R.C. §§ 1291-97 (2000).

⁴⁰ A questão da oposição política ao fim do imposto das pessoas jurídicas é discutida noutro lugar. Cf. *infra* notas 70-76 e texto que as acompanha.

⁴¹ BIRD, *nota supra* 27, pp. 10-11.

⁴² O assunto da "competição desleal" com negócios tributáveis pode ser resolvido com a exigência de um imposto de renda não relacionado à renda de negócios ("U.B.I.T.") no nível dos sócios. Cf. I.R.C. §§ 511-515 (2000).

⁴³ Os Estados Unidos de fato tributam bem os dividendos, e muitos países tributam ganhos de capital de um grande número de sócios estrangeiros. Cf. Hugh J. Ault *et al.*, *Comparative Income Taxation: a Structural Analysis* 411 (1997).

⁴⁴ Essa é uma forte justificativa para países em desenvolvimento, em que grande parte das pessoas jurídicas é detida por estrangeiros e o imposto das pessoas jurídicas sobre essas entidades repre-

Portanto, o fundamento mais comum para manter o imposto das pessoas jurídicas - que sob a perspectiva do diferimento e de capacidade de gestão é necessário como um meio indireto para tributar sócios - parece remanescer em bases trêmulas. Ambos os casos de diferimento e de capacidade de gestão podem ser resolvidos de outras maneiras, como através da transparência fiscal das pessoas jurídicas de capital fechado e a *mark-to-market taxation* dos sócios, em pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa.

B. Defesas do imposto das pessoas jurídicas com base na teoria da "ficção legal"

Um segundo tipo de defesa liga o imposto das pessoas jurídicas aos benefícios fornecidos pelo Estado e o trata como um tipo de imposto sobre o benefício.⁴⁵ O imposto é concebido como um pagamento em retorno pelos benefícios da personificação, tais como a responsabilidade limitada. Essa defesa é ligada à visão da ficção legal da pessoa jurídica, que a vê puramente como uma criatura do Estado. Há várias objeções a essa defesa. Primeiro, alguns dos benefícios conferidos pelo governo também vão para negócios não personificados, não sujeitos ao imposto. Segundo, os benefícios específicos da personificação são providos pelo governo estadual, não pelo governo federal. Finalmente, não há correlação entre a renda das pessoas jurídicas e os benefícios providos, já que os mesmos benefícios aplicam-se (e no caso de responsabilidade limitada, aplicam-se com mais força) às pessoas jurídicas que perdem dinheiro.⁴⁶

Uma variante mais sofisticada da teoria dos benefícios é defendida pela professora Rebecca Rudnick, que argumenta que o imposto das pessoas jurídicas pode ser justificado como um pagamento pela maior liquidez permitida pelo acesso ao mercado de ações (*public equity market*).⁴⁷ Sob o regime atual, há uma correlação entre o acesso ao mercado de ações e o imposto das pessoas jurídicas, a qual torna essa análise atraente.⁴⁸ Não é claro, contudo, se há alguma correlação entre a renda das pessoas jurídicas e liquidez; muitas das pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsa beneficiam-se do mesmo grau de liquidez, mas possuem lucrativida-

45 senta um significante percentual de todas as receitas. Para uma defesa do imposto das pessoas jurídicas nesse contexto, cf. AVI-YONAH, *Globalization*, nota *supra* 13, pp. 1.640-41; BIRD, nota *supra* 27, pp. 6-8.

46 Cf. Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, pp. 373-74 (5ª ed. 1989); BIRD, nota *supra* 27, pp. 4-5. Esse foi também parte do argumento de defesa em favor da sua instituição em 1909, no qual o imposto foi descrito como um imposto de consumo sobre os privilégios de realizar negócios na forma corporativa, mas isso foi feito para evitar tratar o imposto como um imposto direto, pois seria inconstitucional, com base na decisão de 1895 da Suprema Corte, *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), *aff'd on reh'g*, 158 U.S. 601 (1895). Cf. ainda *infra* seção II.B.

47 MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 373-74; BIRD, nota *supra* 27, p. 5. Os Musgraves também argumentam que alguns benefícios, como responsabilidade limitada, não geram custos para a sociedade, e, portanto, não podem justificar o imposto, MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 373-74 (embora eu não tenha certeza de que eles estão certos sobre o fato de a responsabilidade limitada não gerar custos).

48 Rebecca S. Rudnick, *Who Should Pay the Corporate Tax in a Flat Tax World?*, 39 *Case W. Res. L. Rev.* 965, pp. 985-86 (1989).
49 William A. Klein & Eric M. Zolt, *Business Form, Limited Liability, and Tax Regimes: Lurching Toward a Coherent Outcome?*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1001, pp. 1.015-17 (1995).

de substancialmente diferente. Rudnick sustenta que essa liquidez facilita a criação de renda econômica, o que poderia, portanto, renovar o foco tributário sobre ela.⁴⁹ Da mesma forma, os professores Joseph Bankman e Michael Knoll propuseram basear o imposto das pessoas jurídicas nas mudanças no valor do patrimônio delas.⁵⁰ Essas mudanças na base impositiva poderiam talvez criar uma melhor ligação com a liquidez, mas isso não é um bom argumento de defesa do imposto das pessoas jurídicas, conforme nós já analisamos. Similarmente, o professor Herwig Schlunk propôs substituir o imposto das pessoas jurídicas pelo "imposto de renda das entidades", a ser exigido sobre todas as grandes entidades (personificadas *vel non*) pelo benefício de operar como uma *Coastian firm*.⁵¹ Isto igualmente não é uma defesa do atual imposto das pessoas jurídicas; de fato, Schlunk argumenta que não existe qualquer defesa "plausível" do atual imposto.⁵²

Finalmente, o mais forte argumento da teoria dos benefícios para sustentar o imposto das pessoas jurídicas diz respeito à tributação de pessoas jurídicas estrangeiras que fazem negócios no Estado da fonte.⁵³ Sob essa visão, tem sido amplamente aceito que os Estados da fonte possam arrecadar imposto de pessoas jurídicas (sob certo princípio mínimo) dentro do seu território, porque é o Estado da fonte quem cria as condições de mercado para possibilitar que a renda seja auferida.⁵⁴ Provavelmente existe alguma correlação entre, por exemplo, a qualidade da infra-estrutura ou da educação no Estado da fonte e o grau de lucratividade do investimento estrangeiro direto no país.⁵⁵ Como demonstrado acima, contudo, parece estranho no contexto norte-americano manter o imposto das pessoas jurídicas apenas para coletar pagamentos de benefícios de pessoas jurídicas estrangeiras, já que a maioria das pessoas jurídicas sujeitas ao imposto são residentes no EUA.⁵⁶ Ademais, caso se argumente que os mesmos benefícios de infra-estrutura que justificam o imposto das pessoas jurídicas sobre pessoas jurídicas estrangeiras também se aplica para pessoas jurídicas nacionais, o argumento deveria ser igualmente sustentado como verdadeiro para entidades não-personificadas ou de capital fechado que não são submetidas ao imposto das pessoas jurídicas.

Resumindo, os argumentos da teoria da ficção legal ou dos benefícios a favor do imposto das pessoas jurídicas não são convincentes porque não há correlação

49 RUDNICK, nota *supra* 47, pp. 985-86.

50 BANKMAN, nota *supra* 9, pp. 1.347; KNOLL, nota *supra* 9, p. 1.

51 SCHLUNK, nota *supra* 10, p. 382. Não está claro porque isso é um benefício provido pelo governo federal. De fato, a incapacidade de decidir qual governo (se algum) provê esse benefício é a questão cerne da dificuldade de alocar a renda de pessoas jurídicas multinacionais nas respectivas jurisdições em que elas atuam. Para uma discussão desse problema no contexto dos preços de transferência, cf. Reuven S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: a Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 *Va. Tax Rev.* 89 (1995).

52 SCHLUNK, nota *supra* 10, p. 332.

53 Por óbvio, também é politicamente mais fácil tributar pessoas jurídicas estrangeiras que tributar pessoas jurídicas residentes, sendo essa precisamente a razão pela qual os tratados fiscais tornam difícil a discriminação de pessoas jurídicas estrangeiras.

54 Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 *Duke L.J.* 1021, pp. 1.036-37 (1997).

55 Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*, 52 *Tax L. Rev.* 507, p. 521 (1997).

56 Cf. *supra* texto acompanhando a nota 44.

entre o imposto das pessoas jurídicas e os tipos de benefícios (se é que existe algum) que o governo federal providencia apenas para essas entidades, notadamente as pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa.

C. Defesas do imposto das pessoas jurídicas com base na teoria da "realidade objetiva"

A visão da pessoa jurídica como uma entidade real, separada dos seus sócios e do Estado, não teve muita ressonância na área tributária. Como os professores Richard e Peggy Musgrave apontaram no seu clássico livro de finanças públicas, a visão da pessoa jurídica como uma entidade distinta com recursos econômicos sob seu controle é dificilmente sustentável no contexto fiscal porque a carga econômica dos impostos deve, no final das contas, recair sobre pessoas físicas.⁵⁷ Não há razão para que a renda dessas pessoas físicas seja sujeita a um segundo nível de imposto simplesmente porque ela foi auferida através de uma pessoa jurídica.

Não obstante, há um meio segundo o qual a pessoa jurídica claramente existe como uma entidade separada de seus sócios e do Estado - como uma organização sob controle da administração (*corporate management*). A administração toma as decisões sobre como despendar os recursos econômicos da pessoa jurídica, e nesse sentido, ela pode ser reconhecida como a real pessoa jurídica. Isso é particularmente verdadeiro para pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa, nas quais a propriedade é (parafrazeando os professores Adolf Berle e Gardiner Means) separada do controle.⁵⁸

Recentemente, poucos acadêmicos focaram na existência da administração da pessoa jurídica e nos problemas de custos de agência (*agency-cost*) que ela cria como uma justificativa em separado para o imposto das pessoas jurídicas.⁵⁹ Essa linha de argumento é interessante porque se aplica apenas para pessoas jurídicas com quotas negociadas em bolsa que suportam o impacto da existência do imposto das pessoas jurídicas.

Dessa forma, os professores Saul Levmore e Hideki Kanda argumentam que o imposto das pessoas jurídicas é necessário porque, caso contrário, o problema do custo de agência será exacerbado quando a administração (que pode ou não incluir sócios) verificar diferentes alíquotas de imposto de pessoas jurídicas em comparação àquela imposta a alguns sócios.⁶⁰ Por exemplo, se os administradores são sócios e não há imposto das pessoas jurídicas, eles poderão ver-se diante de uma alíquota de 35% aplicável a eles quando da alienação de ativos da pessoa jurídica, enquanto outros sócios poderão ser tributados a zero. A administração pode, então, ser dissuadida de tomar ações que sejam nos melhores interesses de todos os sócios por causa da carga fiscal individual. Com o imposto da pessoa jurídica em primeiro lugar, todas as ações das pessoas jurídicas ficam diante da mesma tributação.⁶¹

⁵⁷ MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 372-73.

⁵⁸ Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* 68 (1932). Cf. Hideki Kanda & Saul Levmore, *Taxes, Agency Costs, and the Price of Incorporation*, 77 Va. L. Rev. 211, p. 213 (1991).

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 229-31.

⁶⁰ Cf. *ibidem*, p. 233. Para um argumento similar baseado nos custos de agência que foca mais no assunto da integração, cf. Joseph A. Snock, *The Entity Tax and Corporate Integration: an Agency Cost Analysis and a Call for a Deferred Distributions Tax*, 48 U. Miami L. Rev. 1, pp. 43-44 (1993).

Esse argumento não é persuasivo por diversas razões. Primeiro, se assumirmos que o imposto das pessoas jurídicas é suportado pelos sócios, o mesmo raciocínio se aplicaria na existência do imposto das pessoas jurídicas - administração composta por sócios tributáveis iria, em última instância, encerrar a dupla tributação sobre disposições enquanto sócios isentos de impostos seriam tributados apenas por um único imposto.⁶² Se o imposto das pessoas jurídicas não é suportado por sócios, então sua existência *vel non* deveria não ter impacto nas ações gerenciais. Segundo, se a análise de Levmore e Kanda está correta, deveria se aplicar para qualquer alíquota positiva de imposto das pessoas jurídicas na medida em que é exigido em todo nível de atividades das pessoas jurídicas, o que justificaria então também um imposto mínimo. Finalmente, parece demais colocar em xeque todo o imposto das pessoas jurídicas com esse tipo de consideração. Problemas de administração são perversos em qualquer pessoa jurídica pública e parece mais fácil enfrentar o problema com a legislação comercial do que com a legislação tributária.⁶³

Mais recentemente, o professor Mihir Desai e seus colegas argumentaram que exigir um imposto das pessoas jurídicas pode ser um meio de evitar que a gestão desvie recursos da pessoa jurídica para seus próprios bolsos.⁶⁴ Especificamente, se a renda da pessoa jurídica deve ser declarada para propósitos tributários, torna-se difícil dissimular seu roubo dos sócios da pessoa jurídica. Este é um argumento engenhoso, o qual (como veremos) também reflete alguns dos originais intentos da instituição do imposto das pessoas jurídicas em 1909.⁶⁵ Sob uma perspectiva moderna, contudo, isso parece como uma base nada sólida para todo o imposto das pessoas jurídicas.⁶⁶ Roubo da gestão pode ser combatido por outros meios e a necessidade de reportar renda sem tributá-la (ou apenas com um imposto mínimo) poderia atender de forma plena ao objetivo promovido pelo professor Desai.

Portanto, atualmente não há defesa convincente do imposto das pessoas jurídicas baseado na visão da realidade objetiva também. Não obstante, como explicada do abaixo, essa visão da pessoa jurídica fornece os melhores argumentos a favor da existência do imposto.⁶⁷

⁶² Se os dividendos são isentos (de acordo com a proposta do presidente Bush), então todos os sócios vêem-se diante da mesma alíquota zero no nível de sócios, sem olhar qualquer imposto das pessoas jurídicas.

⁶³ Também não parece ser plausível que se os sócios forem tributados numa base *mark-to-market* e o imposto das pessoas jurídicas for extinto, a administração evitaria ações corporativas que incrementassem o valor das quotas que ela detém apenas porque ela teria impostos sobre esse incremento, já que seu desempenho de trabalho e o valor de suas *stock options* dependeriam do valor das quotas também. Os professores Levmore e Kanda parecem aceitar um modelo transparente de tributação na ausência do imposto de pessoas jurídicas, o qual não é plausível para pessoas jurídicas com ações negociadas em bolsa por razões administrativas.

⁶⁴ Mihir Desai *et al.*, *The Protecting Hand: Taxation and Corporate Governance* 4 (Mar. 2003) (manuscrito não publicado, no arquivo da *Virginia Law Review Association*).

⁶⁵ Cf. discussão *infra* seção II.B.

⁶⁶ Isso pode, contudo, ter alguma aplicação em países como Rússia, dos quais Desai e seus colegas retiraram a maioria de seus exemplos. DESAI, nota *supra* 64, pp. 16-25. No caso desse exemplo norte-americano (Tyco), deve-se notar que os administradores da Tyco foram finalmente pegos pelo sistema criminal de justiça, e que seus comportamentos (roubar centenas de milhões de dólares da pessoa jurídica) parecem mais um parâmetro extremo, do que uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. Cf. *ibidem*, pp. 4-9.

⁶⁷ Cf. *infra* parte III.

D. *Resumo*

Parece não haver defesa convincente do imposto das pessoas jurídicas na literatura acadêmica. A principal visão do imposto das pessoas jurídicas como um meio indireto de tributar sócios, que é baseada na teoria agregadora, é imperfeita porque é certamente possível tributar sócios de forma direta sem um imposto no nível pessoa jurídica. Defesas alternativas do imposto das pessoas jurídicas que são baseadas na teoria da ficção legal e na teoria da realidade objetiva não são convincentes também. Isso conduz alguns autores à conclusão de que o imposto das pessoas jurídicas, com toda sua eficiência e custos de complexidade, deveria simplesmente ser repellido.⁶⁸ Outros autores são favoráveis a fazer com que o imposto gradualmente desapareça como resultado de ações dos contribuintes.⁶⁹

No presente momento, não parece provável que o imposto das pessoas jurídicas será repellido no curto prazo. Propostas de mudanças focam mais em afastar o imposto sobre dividendos, mantendo o imposto no nível das pessoas jurídicas, sendo que até os mais radicais esforços de reforma, como a que propõe o *flat tax*, visam à manutenção de imposto no nível das pessoas jurídicas sobre retornos acima do normal.⁷⁰ Quando o ex-Secretário do Tesouro Paul O'Neill anunciou ser a favor da extinção do imposto das pessoas jurídicas com base em sua experiência como CEO,⁷¹ a proposta não tinha nenhuma conotação política. No atual clima político, evitar o imposto das pessoas jurídicas por meio de planejamentos tributários parece mais provável do que eliminá-lo.

Por que o imposto das pessoas jurídicas é tão politicamente defendido? As razões parecem ser as mesmas razões pelas quais o imposto alternativo mínimo da pessoa jurídica (*corporate alternative minimum tax - AMT*) foi instituído em 1986 - os norte-americanos em geral entendem ser totalmente descabida a possibilidade de grandes e lucrativas pessoas jurídicas não pagarem qualquer imposto, enquanto eles suportariam a carga do imposto.⁷² Isso deve ser visto como um exemplo de ilusão fiscal das pessoas em geral, a crença sem sentido de que as pessoas jurídicas suportam a carga tributária, uma vez que qualquer pessoa com conhecimentos econômicos sabe que os tributos apenas podem ser suportados por pessoas físicas.⁷³

⁶⁸ Cf., e.g., DODGE, nota *supra* 8, pp. 268-78 (propondo um sistema de integração baseado no *market-to-market* e na transparência fiscal).

⁶⁹ Entrevista com Austan Goolsbee, professor da *Business Administration*, University of Chicago, no critério da *Tax Policy Research Conference on Worldwide Tax Competition*, em Ann Arbor, Mich (outubro de 2000).

⁷⁰ O *flat tax* e outras propostas de impostos sobre o consumo efetivamente isentam o retorno normal sobre o patrimônio da pessoa jurídica mediante a permissão de as pessoas jurídicas deduzirem todas as despesas de capital, enquanto mantêm o imposto das pessoas jurídicas para retornos infra marginais (acima do normal). Cf., e.g., Alvin Warren, How Much Capital Income Taxed Under an Income Tax is Exempt under a Cash Flow Tax, 52 *Tax L. Rev.* 1 (1996).

⁷¹ HUGHES, nota *supra* 6.

⁷² O AMT foi instituído em resposta aos relatórios de jornais sobre o fato de a General Electric e outras pessoas jurídicas grandes não pagarem impostos. Cf. Terrence R. Chorvat & Michael S. Knoll, The Case for Repealing the Corporate Alternative Minimum Tax, 56 *SMU L. Rev.* 305, 305 & n. 1 (2003).

⁷³ Cf. MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 398-401; BANK, nota *supra* 30, pp. 449-52 (discutindo o entendimento histórico sobre o imposto das pessoas jurídicas); BIRD, nota *supra* 27, pp. 1-3; CHORVAT & KNOLL, nota *supra* 70, p. 315; Michael L. Marlow, A Primer on the Corporate Income Tax: Incidence, Efficiency, and Equity Issues 1 (Tax Foundation, Background Paper n.º 38, (2003)).

Mas as pessoas são realmente ignorantes dessa maneira? Eu sustentaria que a resposta é não, e que de fato, o que as pessoas percebem é mais próximo da realidade do que os modelos econômicos poderiam sugerir. O imposto das pessoas jurídicas é exigido sobre a renda da pessoa jurídica, que se soma aos recursos econômicos da pessoa jurídica. Esses recursos são geridos por administradores, que são indivíduos, e seus controles sobre tais recursos lhes dão significativo poder econômico, social e político. Nesse sentido, exigir um imposto das pessoas jurídicas, o que reduziria os recursos econômicos disponíveis para os administradores da pessoa jurídica, acaba por reduzir também o poder de gestão dela. Qualquer que seja a razão econômica do imposto das pessoas jurídicas,⁷⁴ nessa perspectiva, sua carga recai imediatamente sobre a gestão da pessoa jurídica e, não surpreendentemente, ela é a mais forte defensora do fim deste imposto.⁷⁵

Este raciocínio será desenvolvido adiante na parte III. Antes disso, todavia, é útil ligá-lo a outra questão: por que o imposto da pessoa jurídica foi instituído? Qual foi o "objetivo original" de seus instituidores, quase cem anos atrás? Examinar essa questão pode ajudar a trazer alguma luz ao atual debate. Como iremos ver, a principal razão para sua instituição foi precisamente regular e colocar limites ao poder de gestão empresarial.⁷⁶

II. Uma Perspectiva Histórica: por que o Imposto das Pessoas Jurídicas foi Instituído?

A. Antecedentes: tributação com base na teoria agregadora antes de 1909

O primeiro imposto de renda federal, instituído para recolher receitas durante a Guerra Civil, não tributava pessoas jurídicas, embora fosse devido um imposto retido no pagamento de dividendos e juros por pessoas jurídicas ferroviárias e instituições financeiras, e também nos montantes adicionados ao excedente.⁷⁷ Em vez disso, na versão de 1864 do imposto, "os ganhos e lucros de todas as pessoas jurídicas, com personalidade jurídica ou *partnerships*, exceto as especificadas nesta seção, devem ser incluídos na estimativa anual de ganhos, lucros, ou renda de qual-

2001), em <http://www.taxfoundation.org/publications.background.html> (no arquivo da *Virginia Law Review Association*).

⁷⁴ A questão da incidência é importante porque a administração poderia ser menos inclinada a pro- testar caso pudesse-se mostrar que o imposto é de fato dividido entre empregados ou consumido- res, deixando intactos os lucros acumulados. Mas como uma questão empírica, remanesce obscuro se o imposto pode ser dividido na maioria dos casos. Cf. literatura citada *supra* na nota 32 e discus- são *infra* na parte III.

⁷⁵ Tradicionalmente, eles são muito menos entusiasmados com relação ao alívio na tributação de di- videndos. De fato, a gestão empresarial tem largamente sido responsabilizada pelo atual sistema tributário clássico (duplo), o qual ela vê como um meio de evitar maiores tributações nas pessoas jurídicas e pressão para distribuir dividendos. Cf. Jennifer Arlen & Deborah M. Weiss, A Political Theory of Corporate Taxation, 105 *Yale L. J.* 325, 338, 341 (1995).

⁷⁶ O argumento regulatório para o imposto das pessoas jurídicas é levantado brevemente, mas afas- tado por MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 402-03, que sustentam que os objetivos regulatórios podem ser mais eficientemente alcançados por outros meios. Para uma discussão, cf. parte III.

⁷⁷ Ato de 1.º de julho, 1862, ch. 119, §§ 81-82, 12 Stat. 432, pp. 469-70 (revogado em 1874). Sócios e proprietários e detentores de títulos puderam excluir dividendos e juros sujeitos à retenção na fonte da renda. Id. § 91, 12 Stat. 473-74 (rejeitado em 1874). Sobre os primórdios da história do impos- to das pessoas jurídicas nos Estados Unidos, cf. BANK, nota 30 *supra*.

quer pessoa titular dela, divididos ou de outro modo".⁷⁸ O imposto de renda da Guerra Civil estabeleceu uma forma de tributação transparente (*pass-through taxation*) que se aplicava às pessoas jurídicas, e a tributação de lucros não distribuídos era especificamente reconhecida pela Suprema Corte.⁷⁹

O tratamento transparente dos lucros corporativos refletiu a visão agregadora, a qual então prevalecia.⁸⁰ Isso também refletia o fato de que a maior parte das pessoas jurídicas era de sociedade de capital fechado, e portanto (como hoje), era relativamente fácil identificar os sócios e tributá-los sobre os lucros das pessoas jurídicas. Para as pessoas jurídicas cujas participações eram mais dispersas no mercado, como as pessoas jurídicas ferroviárias, um imposto retido na fonte pela pessoa jurídica efetivamente substituiu a tributação sobre o sócio.⁸¹

A versão do imposto de renda da Guerra Civil deveria expirar com o fim da Reconstrução em 1872.⁸² Em 1894, após o pânico financeiro de 1893 e o deslocamento econômico que se seguiu, os Democratas no Congresso conseguiram aprovar uma proposta de imposto de renda (*income tax Bill*).⁸³ O debate focou-se então sobre a tarifa protecionista, a qual era a principal fonte de receita para o governo federal.⁸⁴ A tarifa funcionava como um imposto sobre o consumo altamente regressivo e que beneficiava os centros manufatureiros do Nordeste às custas de centros mais agrícolas do Sul e do Oeste.⁸⁵ Os Democratas defenderam que a sustentação dos gastos governamentais apenas nas tarifas permitia aos novos magnatas das estradas de ferro, do aço e do açúcar escaparem de qualquer tributação significativa.⁸⁶ O argumento ganhava força pelo fato de que os tributos pessoais sobre a propriedade eram notoriamente ineficazes para alcançar formas intangíveis de propriedade, tais como ações e títulos.⁸⁷

⁷⁸ Ato de 30 de junho, 1864, ch. 173, § 117, 13 Stat. 223, pp. 281-82 (revogado em 1874). Também sob esse ato, um imposto de renda retido na fonte tornou-se devido sobre dividendos e juros pagos por certos tipos de pessoas jurídicas, e tais pagamentos de dividendos e juros foram excluídos da renda. Id. em §§ 120-122, 13 Stat., pp. 283-85 (revogado em 1874).

⁷⁹ *Collector v. Hubbard*, 79 U.S. (12 Wall.) 1, 18 (1870).

⁸⁰ Cf. Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited: the Development of Corporate Theory*, 88 W. Va. L. Rev. 173, pp. 183-86 (1985).

⁸¹ Note-se, entretanto, que essa não era uma perfeita substituição, uma vez que a tributação da pessoa jurídica era de 5% sem isenção, ao passo que a maior alíquota sobre o sócio era de 10% com uma isenção de \$ 600. Cf. BANK, nota *supra* 30, pp. 457-58. A decisão de tratar o imposto retido como tributação definitiva no caso de pessoas jurídicas de capital aberto presumidamente reflete a dificuldade prática de coletar tributos em uma base transparente nestes casos. *Ibidem*, pp. 522-24.

⁸² W. Elliot Brownlee, *Historical Perspective on U.S. Tax Policy Toward the Rich*, in Does Atlas Shrug? The Economic Consequences of Taxing the Rich 29, 35 (Joel B. Slemrod ed., 2000); Dennis J. Ven-try, Jr., *Equity Versus Efficiency of the U.S. Tax System in Historical Perspective*, in *Tax Justice: the Ongoing Debate* 25, 29 (Joseph J. Thormdike & Dennis J. Ventry, Jr., eds., 2002); Steven R. Weisman, *The Great Tax Wars: Lincoln to Wilson - the Fierce Battles Over Money and Power That Transformed the Nation* 101 (2002).

⁸³ BROWNLEE, nota *supra* 82, p. 37; VENTRY, nota *supra* 82, p. 30; WEISMAN, nota *supra* 82, pp. 131-46.

⁸⁴ BROWNLEE, nota *supra* 82, p. 37; VENTRY, nota *supra* 82, pp. 29-30; WEISMAN, nota *supra* 82, p. 138.

⁸⁵ WEISMAN, nota *supra* 82, p. 138.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 136-38.

⁸⁷ VENTRY, nota *supra* 82, pp. 29-30.

O Ato de 1894 pela primeira vez estabeleceu a tributação de 2% sobre a renda líquida de todas as "pessoas jurídicas, sociedades ou associações que fazem negócios com intuito lucrativo nos Estados Unidos, não importando a forma de criação ou organização, mas sem incluir as *partnerships*".⁸⁸ Em uma primeira impressão, esta parece ser uma radical divergência do imposto de renda da Guerra Civil, o qual tributava a renda das pessoas jurídicas nas mãos dos sócios, empregando apenas a retenção na fonte no nível da pessoa jurídica, como uma forma de recolhimento. O professor Steven Bank, contudo, convincentemente demonstrou que esta leitura do Ato de 1894 é equivocada.⁸⁹ Primeiramente, ele aponta que os dividendos de pessoas jurídicas tributáveis eram excluídos da renda do sócio, de forma que o imposto das pessoas jurídicas poderia ser visto como uma forma de recolhimento do tributo devido no nível do sócio (tributado à mesma alíquota).⁹⁰ Em segundo lugar, a versão da Câmara do Ato de 1894 (*House version*) seguiu o imposto sobre a renda da Guerra Civil ao determinar a retenção na fonte sobre dividendos e juros, exceto pelo fato de que o imposto era aplicado sobre a renda não distribuída e para todas as pessoas jurídicas.⁹¹ Portanto, a passagem do imposto de renda da Guerra Civil para o projeto de lei para a versão final do Ato de 1894 pode ser vista como um gradual processo de modificação para um imposto na fonte exigido sobre os sócios.⁹² Em terceiro lugar, os debates no Congresso sobre o Ato de 1894 mostram que o principal motivo para a tributação no nível das pessoas jurídicas era alcançar os sócios, a maior parte dos quais era precisamente de indivíduos ricos que podiam escapar da tributação sobre a propriedade e cujas pessoas jurídicas eram beneficiadas pelas altas tarifas protecionistas.⁹³ Por fim, Bank aponta que a regra, durante a última metade do século dezenove, foi feita para a maior parte das pessoas jurídicas distribuírem seus ganhos líquidos como dividendos.⁹⁴ Naquele contexto, impor um imposto na fonte sobre dividendos era a forma mais eficiente de tributar os sócios em pessoas jurídicas de capital aberto e também impor idêntica tributação sobre aumentos patrimoniais era apenas outro expediente obrigatório para prevenir que a renda acumulada escapasse à tributação. Até 1894, o imposto na fonte foi transformado em um imposto sobre toda a renda da pessoa jurídica (distribuída ou não), mas ainda era visto principalmente como uma forma de tributação dos sócios.⁹⁵

Dessa forma, durante o século dezenove, houve pouca evidência de tributação direta das pessoas jurídicas no nível federal como tais. Os impostos retidos na fonte eram exigidos no nível da pessoa jurídica sobre a renda distribuída e não distribuída, mas eram vistos como um meio indireto de tributação dos sócios, compatível com a visão agregadora da pessoa jurídica.

⁸⁸ *Tariff Act of 1894*, ch. 349, § 32, 28 Stat. 509, 556 (declarada inconstitucional em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), *aff'd on reh'g*, 158 U.S. 601 (1895)).

⁸⁹ BANK, nota *supra* 30, pp. 504-37.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 462 (citing *Tariff Act of 1894*, ch. 349, § 28, 28 Stat. 509, 554). Integração era incompleta porque as pessoas jurídicas não eram beneficiadas pela isenção de \$ 4.000, cf. *ibidem*, pp. 462-63, mas nesse caso pode ser explicada por questões administrativas.

⁹¹ 26 Cong. Rec. 6831 (1894).

⁹² BANK, nota *supra* 30, pp. 517-19.

⁹³ *Ibidem*, p. 530.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 528-29.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 530-31.

B. O Ato de 1909: uma medida em consonância com a teoria da "realidade objetiva"

Em 1895, a Suprema Corte julgou o Ato 1894 inconstitucional pela ausência de proporcionalidade.⁹⁶ Os Democratas imediatamente fizeram do imposto de renda sua maior plataforma eleitoral para as eleições de 1896 e 1900, mas sem sucesso.⁹⁷ Com a vitória de William McKinley (autor da famosa tarifa McKinley de 1890) e das pessoas jurídicas aliadas a ele em 1896, a questão do imposto de renda parecia sepultada.⁹⁸

A situação alterou-se com a vitória dos Progressistas e a ascensão de Theodore Roosevelt para a Casa Branca em 1901. Roosevelt gastou boa parte de seus sete anos no escritório expandindo os poderes do governo federal em oposição às pessoas jurídicas. Ele foi o primeiro presidente a tentar usar o Sherman Antitrust Act, adotado em 1890, mas deixado de lado até seu tempo, para acabar com grandes monopólios, tal como a The Standard Oil Company, de John D. Rockefeller.⁹⁹ Ademais, ele criou a Secretaria de Corporações (*Bureau of Corporations*) para reunir informações e, por fim, talvez regular as pessoas jurídicas.¹⁰⁰ Ele também propôs que todas as pessoas jurídicas deveriam ser estabelecidas sob a autoridade do governo federal.¹⁰¹

Da parte tributária, Roosevelt expressou apoio em 1907 (após outro pânico financeiro) a um gradual imposto de renda, mas os apoiadores da tarifa dentro do Partido Republicano conseguiram adiar a discussão do tema até após a eleição de 1908.¹⁰² O então recém eleito presidente Taft apoiou o imposto de renda de uma forma menos entusiasmada que seu predecessor, Roosevelt, pois não queria criar outro imposto que viesse a ser julgado inconstitucional.¹⁰³ Ele também enfrentou um aumento do apoio ao imposto de renda no Congresso e uma possível divisão em seu próprio partido entre os oponentes à sua instituição, vindos do Nordeste, e os apoiadores, do Meio-oeste.¹⁰⁴ Algum tempo depois, o presidente Taft propôs um compromisso: instituir um imposto das pessoas jurídicas baseado na renda, o qual poderia resistir ao escrutínio judicial, e simultaneamente elaborar uma emenda à Constituição para permitir a sua instituição.¹⁰⁵

O debate legislativo sobre o imposto proposto inseriu-se no contexto maior da redução das tarifas. Oponentes à redução das tarifas, a maior parte vinda do Nordeste, via as altas tarifas como essenciais para proteção da indústria americana e argüiam que seus benefícios eram estendidos aos operários tanto quanto aos industriais.¹⁰⁶ Apoiadores da redução das tarifas, principalmente vindos do Sul e do

Oeste, defendiam que as altas tarifas aumentavam os preços dos produtos consumidos por americanos comuns em benefício dos ricos.¹⁰⁷

Inicialmente, parecia provável que a tarifa (nomeada posteriormente pelos seus responsáveis como *Payne-Aldrich Tariff*) passaria pela maioria Republicana nas duas casas do Congresso. Na Câmara, entusiastas do imposto de renda como Cornell Hull, um Democrata do Tennessee, foram incapazes de fazer uma emenda sobre imposto de renda ao projeto da tarifa. No Senado, contudo, os Republicanos Progressistas como Robert La Follette, do Wisconsin, e Democratas como Joseph Bailey, do Texas, foram mais eficientes em defender o imposto de renda. La Follette e Bailey argüiram que, porquanto os ricos se beneficiavam mais do que os pobres da proteção do governo, eles deveriam pagar mais por isso, e que a instituição do imposto de renda silenciaria a "invejosa voz da anarquia" (socialismo).¹⁰⁸

Finalmente, o senador Nelson Aldrich, Republicano de Rhode Island e o principal oponente do imposto de renda percebeu que poderia perder, uma vez que dezenove Republicanos ameaçavam uni-se aos Democratas e votar a favor do imposto de renda.¹⁰⁹ Em um encontro crucial na Casa Branca, Aldrich e o presidente Taft concordaram em apoiar um imposto das pessoas jurídicas, além de uma emenda da constitucional que desse poderes ao Congresso de instituir o imposto de renda, enquanto mantinha as altas tarifas.¹¹⁰ Aldrich declarou, "eu devo votar por um imposto das pessoas jurídicas como meio de derrotar o imposto de renda".¹¹¹ Este compromisso finalmente passou pelo Senado (45-34) e pela Câmara (195-183), e foi sancionado como lei pelo presidente em 5 de agosto de 1909.¹¹²

O Ato de 1909 instituiu "uma tributação especial com relação aos negócios" de 1% sobre renda líquida acima de \$ 5.000 de "cada sociedade, pessoa jurídica ou associação organizada com intuito lucrativo" sob a lei norte-americana, e todas as pessoas jurídicas estrangeiras engajadas em negócios nos Estados Unidos.¹¹³ Dividendos das pessoas jurídicas tributáveis foram excluídos da renda tributável.¹¹⁴

Qual foi a lógica para o Ato de 1909, o qual é a origem do atual imposto de renda norte-americano? Apoiadores do imposto dão várias razões, incluindo a teoria dos benefícios e o imposto das pessoas jurídicas como um imposto indireto sobre os sócios.¹¹⁵ Como o professor Marjorie Kornhauser apontou, contudo, o maior motivo para o ato foi regular as pessoas jurídicas.¹¹⁶ O principal veículo de regulação foi o preenchimento das declarações de renda, as quais eram públicas.¹¹⁷ Mais amplamente, o tributo em si preenchia uma função regulatória potencial - ele poderia servir como um veículo para restringir a acumulação de poder nas mãos da administração das pessoas jurídicas.¹¹⁸

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 211-12.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 220-23.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 226-27.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 227.

¹¹¹ 44 Cong. Rec. 3929 (1909) (pronunciamento do senador Aldrich).

¹¹² WEISMAN, nota *supra* 82, pp. 230-31.

¹¹³ Tariff Act of 1909, ch. 6, § 38, 36 Stat. 11, pp. 112-13.

¹¹⁴ *Ibidem*, § 38, 36 Stat. 11, p. 112.

¹¹⁵ Cf. discussão do debate no Congresso, *infra* notas 130-52 e texto.

¹¹⁶ KORNHAUSER, nota *supra* 101, p. 53.

¹¹⁷ Cf. discussão sobre a publicidade, *infra* notas 139-43 e texto.

¹¹⁸ Cf. discussão sobre a função regulatória, *infra* notas 144-49.

⁹⁶ *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), *aff'd on reh'g*, 158 U.S. 601 (1895).

⁹⁷ BROWNLEE, nota *supra* 82, pp. 37-38; WEISMAN, nota *supra* 82, pp. 165-72.

⁹⁸ WEISMAN, nota *supra* 82, pp. 175-77.

⁹⁹ *Cf. Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); *United States v. N. Sec. Co.*, 193 U.S. 197 (1904).

¹⁰⁰ Ato de 14 de Fevereiro, 1903, ch. 552, § 6, 32 Stat. 825, pp. 827-28.

¹⁰¹ Marjorie E. Kornhauser, *Corporate Regulation and the Origins of the Corporate Income Tax*, 66 *Ind. L.J.* 53, 66 (1990). Cf. discussão *infra* notas 165-68.

¹⁰² WEISMAN, nota *supra* 82, pp. 203-05.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 211.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 226.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 227.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 211.

Os vários motivos para a instituição do imposto das pessoas jurídicas, os quais refletem as três teorias da pessoa jurídica, podem ser vistos na mensagem do presidente Taft ao Congresso e no debate que precedeu a aprovação pelo Congresso. A mensagem do presidente Taft, datada de 16 de junho de 1909, dá três razões para a instituição do imposto das pessoas jurídicas (em lugar de um imposto geral sobre a renda, o qual se pensava que seria possivelmente inconstitucional, ou um imposto sobre heranças, que não tinha apoio político suficiente entre os Republicanos do Senado).¹¹⁹ A primeira razão é que "este é um imposto sobre consumo, sobre o privilégio de negociar como uma ficção legal e livre da responsabilidade geral da *partnership* aproveitada por aquele que detém a participação".¹²⁰ Este argumento está baseado na visão da pessoa jurídica como uma ficção legal criada pelo Estado. No entanto, o presidente Taft sabia que era difícil utilizar este argumento para um tributo federal, quando é sabido que os privilégios usufruídos pela pessoa jurídica derivam da lei estadual.¹²¹ O motivo pelo qual ele formulou esse argumento, contudo, foi a necessidade de assegurar a constitucionalidade do imposto, uma vez que a Suprema Corte manteve o imposto sobre consumo (*excise tax*) sobre pessoas jurídicas de açúcar e petróleo no caso *Spreckels Sugar Refining Co. v. McCain*.¹²² O presidente Taft acrescentou que, contudo, o imposto "cumprir o mesmo propósito que um imposto de renda sobre as pessoas jurídicas".¹²³

O segundo argumento utilizado pelo presidente Taft foi que o imposto das pessoas jurídicas "impõe um encargo na fonte da renda no momento em que a pessoa jurídica é capaz de pagá-la e quando o recolhimento é fácil".¹²⁴ A referência do recolhimento "na fonte" relaciona-se à visão agregadora, uma vez que tal imposto foi visto como um imposto retido na fonte sobre os sócios (então referido como "obstrução na fonte").¹²⁵ Isto é similar à majoritária visão moderna do imposto, inobstante, a referência à capacidade contributiva das pessoas jurídicas (em contraposição à capacidade contributiva dos sócios) tem um viés da teoria da pessoa jurídica como uma realidade objetiva. O presidente Taft provavelmente não enfatizou a natureza do imposto como um imposto indireto sobre os sócios porque isso o faria mais suspeito para os oponentes do imposto de renda tanto como mais vulnerável à provação constitucional.

Por outro lado, a principal razão que o presidente Taft deu para o imposto das pessoas jurídicas foi a terceira - que habilitaria o governo federal a exercer algum grau de supervisão, principalmente ao obter informações sobre os negócios das pessoas jurídicas. Ele dedicou um parágrafo inteiro de sua mensagem a este argumento, muito mais do que ele deu aos dois primeiros, nos seguintes termos: "Outro mérito deste imposto é a supervisão federal, a qual deve ser exercida a fim de fazer a lei eficaz sobre a contabilidade e negócios de todas as pessoas jurídicas. Enquanto a faculdade de assumir a forma de uma pes-

¹¹⁹ Cf. WEISMAN, nota *supra* 82, p. 227.

¹²⁰ 44 Cong. Rec. 3344 (1909) (pronunciamento do presidente Taft).

¹²¹ Cf. discussão do argumento dos benefícios no Senado, *infra* nota 133.

¹²² 192 U.S. 397 (1904), citado *in* 44 Cong. Rec. 3344 (1909) (pronunciamento do presidente Taft).

¹²³ 44 Cong. Rec. 3344 (1909) (pronunciamento do presidente Taft).

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ BANK, nota *supra* 30, p. 517.

soa jurídica tem sido de grande utilidade no mundo dos negócios, também é verdade que todos os abusos e todas as maldades levaram a público a necessidade de que fosse feita alguma possível reforma no uso desta faculdade. Se agora, por meio de um perfeitamente legítimo e efetivo sistema de tributação, nós somos incidentalmente capazes de munir o Governo e os sócios e o público do conhecimento das reais transações e ganhos e lucros de cada pessoa jurídica do país, nós teremos dado um longo passo em direção à supervisão das pessoas jurídicas, o que pode nos prevenir de mais abusos de poder."¹²⁶

Este memorável parágrafo apóia-se na teoria da realidade objetiva da pessoa jurídica como um ente separado do Estado e de seus sócios. Ela identifica a administração da pessoa jurídica como a fonte de "abuso de poder" e sugere que o imposto das pessoas jurídicas habilitará o governo, os sócios e o público a obter informações que servirão como base para restringir tais abusos. Enquanto o imposto em si é incidental para o mecanismo regulatório, esta declaração é importante porque delinea um motivo para tributar as pessoas jurídicas, que não é relacionado à tributação dos sócios ou aos benefícios conferidos pelo Estado. O imposto é devido por pessoas jurídicas porque o poder é exercido pela administração da empresa, e a administração é claramente considerada distinta de seus sócios (os quais serão de fato os beneficiários da supervisão sobre as ações da administração).¹²⁷

A mesma mistura de motivos pode ser vista no debate do Congresso. Apoia-dores e oponentes do imposto refletiram acerca das três teorias sobre a pessoa jurídica. Alguns o viram principalmente como um imposto sobre os benefícios,¹²⁸ outros como principalmente um tributo sobre os sócios.¹²⁹ A predominante vertente no debate, contudo, foi a de o tributo como um instrumento regulador para restringir abusos do poder de gestão.

A teoria da ficção legal foi expressa primeiramente por aqueles apoiadores do imposto que pensavam defendê-lo de um ataque constitucional.¹³⁰ O senador Root, por exemplo, que foi um dos principais redatores do projeto, defendeu o imposto em parte com base no privilégio da responsabilidade limitada.¹³¹ Os oponentes, no entanto, foram rápidos em apontar que, uma vez que as pessoas jurídicas eram criadas sob a lei estadual, o governo federal não tinha direito de tributá-las sob a visão de ficção legal.¹³² Além disso, os oponentes apontaram que algumas entida-

¹²⁶ 44 Cong. Rec. 3344 (1909) (pronunciamento do presidente Taft).

¹²⁷ Similarmente, em uma carta datada de 27 de junho de 1909, Taft identificou a característica da publicidade como um particular elemento do imposto, dizendo que "a publicidade dá um tipo de supervisão federal sobre as pessoas jurídicas, o que é um grande passo em direção de similares reformas que eu recomendaré na próxima sessão do Congresso". Carta de William Howard Taft para Horace Taft, *in* Papers of William Howard Taft 8, 8 (Library of Congress, Manuscript Division, Reel 497), citado *in* KORNHAUSER, nota *supra* 101, p. 99.

¹²⁸ Cf. *infra* nota 133 e texto.

¹²⁹ Cf. *infra* notas 134-37 e texto.

¹³⁰ Cf., e.g., 44 Cong. Rec. 4237 (1909) (pronunciamento do senador Daniel descrevendo uma pessoa jurídica como uma ficção legal e defendendo a constitucionalidade do imposto sobre ela).

¹³¹ 44 Cong. Rec. 4006 (1909) (pronunciamento do senador Root).

¹³² "Os Estados Unidos não criam estas pessoas jurídicas... eu gostaria de saber se há da parte de qualquer membro do senado a crença de que o Congresso... por meio da tributação, destruir as

des não organizadas como pessoa jurídica obinham do governo federal os mesmos benefícios que aquelas que eram assim organizadas.¹³³

A visão agregadora foi defendida ao se alegar que o imposto das pessoas jurídicas é uma forma indireta de tributar a riqueza dos sócios.¹³⁴ Os oponentes sustentaram que o imposto não discriminava entre os sócios mais ricos e os menos ricos.¹³⁵ O apoiador senador Cummins declarou que “na medida em que os impostos são considerados, as pessoas jurídicas são meros mandatários para seus sócios; e seus sócios devem pagar o imposto”.¹³⁶ Outros defenderam que o imposto seria dividido entre consumidores ou salários, pelo menos para as mais fortes pessoas jurídicas que podem evitar competição - os *trusts*.¹³⁷

Porém, de longe o centro do debate ficou sobre a visão de realidade objetiva da pessoa jurídica e o argumento de que o imposto era um instrumento regulatório. Parte deste debate centrou-se na característica de publicidade do imposto, mas alguns o entenderam como uma medida preliminar para controlar e limitar diretamente o poder de gestão. Por exemplo, o senador Flint (um apoiador do imposto) declarou que “ele daria certo controle sobre as pessoas jurídicas pelo Governo Nacional, publicidade como condição dos relacionamentos de pessoas jurídicas e supervisão em certa medida sobre essas pessoas jurídicas”.¹³⁸ A publicidade era parte do esquema regulatório, mas não a única.

A característica da publicidade foi ressaltada por muitos. O senador Dixon, por exemplo, declarou ser favorável ao imposto principalmente por causa da característica da publicidade, embora temesse que o imposto em si não atingisse os sócios ricos.¹³⁹ O senador Newlands de modo semelhante sustentou que o imposto “assegurava, por meio da publicidade, como o controle de supervisão pelo Gover-

pessoas jurídicas que foram criadas por vários estados?” 44 Cong. Rec. 3977 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹³³ “Eu nego o direito de o Congresso tributar as pessoas jurídicas... esta é uma arbitrária [classificação]; é injusta... É um tributo sobre o direito de negociar sob a forma de uma pessoa jurídica que distingue o direito de negociar de um indivíduo ou de uma partnership.” 44 Cong. Rec. 3976 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹³⁴ Cf. *infra* nota 136.

¹³⁵ “Deveríamos nós instituir um imposto sobre a renda dos sócios de todas as pessoas jurídicas pelo lucro pecuniário, sem respeitar ou considerar a extensão da renda auferida ou usufruída por aqueles sócios...?” 44 Cong. Rec. 3955 (1909) (pronunciamento do senador Cummins); cf. também 44 Cong. Rec. 4008 (1909) (pronunciamento do senador Clapp).

¹³⁶ 44 Cong. Rec. 3975 (1909) (pronunciamento do senador Cummins); cf. também o Report of the Commissioners of Corporations on the System of Taxing Manufacturing, Mercantile, Transportation, and Transmission Corporations in the States of Connecticut, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island and Vermont 11 (May 17, 1909) (“Obviamente um imposto sobre uma pessoa jurídica é realmente um imposto sobre seus sócios; a pessoa jurídica e seus sócios são um”). Cf. 44 Cong. Rec. 3985-87 (1909) (pronunciamento do senador Borah). O senador Cummins também considerou que o imposto poderia ser transferido dos sócios, 44 Cong. Rec. 3975 (1909) (pronunciamento do senador Cummins), tal como o senador Clapp, 44 Cong. Rec. 4008 (1909) (pronunciamento do senador Clapp).

¹³⁷ 44 Cong. Rec. 3937 (1909) (pronunciamento do senador Flint).

¹³⁸ 44 Cong. Rec. 3941 (1909) (pronunciamento do senador Dixon); cf. também 44 Cong. Rec. 4001 (1909) (pronunciamento do senador Bourne) (“Eu pessoalmente concordo com o presidente que o imposto sobre os ganhos líquidos das pessoas jurídicas, tendo em vista sua característica incidental de publicidade, é infinitamente de maior importância e será muito mais benéfico ao país do que qualquer imposto sobre heranças ou renda”).

no Nacional poderia ser exercido constitucionalmente sobre as pessoas jurídicas”.¹⁴⁰ Até mesmo o senador Aldrich, membro ultraconservador do Comitê de Finanças, reconheceu a característica da publicidade.¹⁴¹ O senador Cummins, embora se opusesse ao imposto, reconheceu a característica da publicidade, porque a “revolução na indústria” resultante do aumento das grandes corporações “é simplesmente um prelúdio para a servidão comercial industrial, a menos que o Governo intervenha com seu forte braço, e ele não pode intervir se não tiver a informação necessária para habilitá-lo a agir inteligente e sabiamente”.¹⁴²

Outros senadores, entretanto, enfatizaram o potencial do imposto de diretamente limitar o poder de administração. O senador Newlands declarou ser a “favor de um imposto sobre o consumo (*excise tax*), na forma de um imposto sobre as pessoas jurídicas, a fim de alcançar a enorme riqueza acumulada no país, ou seus ganhos, decorrente da exploração das pessoas jurídicas”.¹⁴³ Ele não quis dizer com isso a indireta tributação da riqueza dos sócios, porque ele declarou que “não havia razão de os monopólios industriais [protegidos pelas tarifas] não pagarem parte das despesas nacionais como a massa das pessoas que usam e consomem [seus produtos]”.¹⁴⁴ O senador Newlands via o imposto recaindo sobre a riqueza acumulada nas mãos da própria empresa, isto é, sobre a administração da empresa.¹⁴⁵ O senador Owen, de forma semelhante, falou sobre o “enorme volume de riqueza das pessoas jurídicas”: “A mais importante necessidade dessa geração do povo dos Estados Unidos requer a transferência de gigantes fortunas que foram pilhadas por meio de monopólios bem sucedidos, ... os quais trouxeram injusta distribuição dos produtos do trabalho humano.”¹⁴⁶ Como outros Democratas, ele deveria ter preferido um imposto sobre a renda ou sobre a herança, mas sustentou o imposto das pessoas jurídicas pelo seu potencial impacto direto sobre a riqueza da pessoa jurídica.

O senador Root, o principal redator do projeto do imposto e amigo pessoal do presidente, também enfatizou o potencial do imposto de alcançar a riqueza acumulada nas mãos da administração da empresa, por ser favorável à tributação de riqueza sobre a renda adquirida:

“Senhor presidente, acontece que o desenvolvimento dos negócios nos Estados Unidos da América, a partir das leis naturais do comércio, levou à

¹⁴⁰ 44 Cong. Rec. 3756 (1909) (pronunciamento do senador Newlands); cf. também 44 Cong. Rec. 3759 (1909) (pronunciamento do senador Newlands) sustentando que o imposto de renda sobre as pessoas jurídicas forneceria uma valerosa informação regulatória sobre as pessoas jurídicas).

¹⁴¹ Cf. 44 Cong. Rec. 3930 (1909) (pronunciamento do senador Aldrich); cf. também 44 Cong. Rec. 4006-07 (1909) (pronunciamento do senador Root) sustentando a característica da publicidade).

¹⁴² 44 Cong. Rec. 3965 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹⁴³ 44 Cong. Rec. 3756 (1909) (pronunciamento do senador Newlands).

¹⁴⁴ 44 Cong. Rec. 3761 (1909) (pronunciamento do senador Newlands); cf. 44 Cong. Rec. 3762 (1909) (pronunciamento do senador Newlands) (“A Justiça requer que as várias formas de riqueza manufaturada, em cujo favor o poder tributário do Estado é tão livremente exercido, façam alguma substancial contribuição para as despesas nacionais”).

¹⁴⁵ 44 Cong. Rec. 4048-49, 4233 (1909) (pronunciamento do senador Newlands) (em favor de um imposto concentrado sobre a administração de grandes *trusts* e isenção às pessoas jurídicas de pequeno porte); 44 Cong. Rec. 4229-30 (1909) (pronunciamento do senador Dolliver) (no mesmo sentido).

¹⁴⁶ 44 Cong. Rec. 3950 (1909) (pronunciamento do senador Owen).

distinção [entre renda auferida e não auferida] para nós, sendo que elas puseram grande parte da riqueza acumulada do país nas mãos de pessoas jurídicas, de modo que quando nós as tributamos, nós estamos impondo um imposto sobre a renda acumulada, e aliviando de tributação os ganhos de homens que ganham para a subsistência em sua senilidade e para seus herdeiros."¹⁴⁷

Oponentes do imposto também ressaltaram o aspecto regulatório, mas sugeriram que ele teria o potencial de dar poderes excessivos ao governo federal sobre as pessoas jurídicas. Por exemplo, o senador Cummins declarou:

"Se esse imposto dirige-se a não criar receita, mas é voltado para o propósito de supervisionar e regular as pessoas jurídicas, aquele é um propósito bem distinto. Eu gostaria de saber, antes de nós avançarmos com isso, se ele é voltado a supervisionar e regular todas as pessoas jurídicas dos Estados Unidos... Vocês sabem haver apenas uma pequena ressalva a esse respeito na mensagem do presidente de que este é o fim a ser alcançado... Penso que, antes de o Governo dos Estados Unidos dedicar-se a supervisionar e regular todas as pessoas jurídicas... nós deveríamos parar e pensar melhor por um momento."¹⁴⁸

O senador Cummins, contudo, não se opôs à regulação federal por meio do imposto das pessoas jurídicas. Na verdade, ele foi contrário somente à tributação indiscriminada:

"Se nós podemos regular nossas pessoas jurídicas apenas por meio de tributação, nós podemos destruir todos os *trusts* em duas semanas. Seria melhor negócio para o Comitê Financeiro voltar sua atenção para a tributação sobre corporações e pessoas que verdadeiramente precisam de regulação, as quais têm exercido poderes ofensivos ao povo americano, destruindo a competição e invadindo nossa prosperidade, a tentar impor um imposto sobre a renda de todos os pequenos sócios das pequenas corporações dos Estados Unidos."¹⁴⁹

Outros oponentes ao imposto sustentaram a regulação dos grandes *trusts* por meio de tributação, referindo-se ao imposto sobre consumo (*excise tax*) que incidiria na receita total do açúcar e petróleo em 1898.¹⁵⁰ Todavia, eles foram contrários ao imposto das pessoas jurídicas, porque ele isentava dividendos recebidos de outras pessoas jurídicas tributáveis de sua base de cálculo, o que encorajaria a formação de *holdings* - sendo estas as pessoas jurídicas que precisamente formavam as

¹⁴⁷ 44 Cong. Rec. 4003 (1909) (pronunciamento do senador Root); cf. também 44 Cong. Rec. 4006 (1909) (pronunciamento do senador Root) (distinguindo entre renda auferida e "capital acumulado" o qual deveria ser tributado). O senador Cummins defendeu que o imposto sobre a empresa não atingiria este propósito, uma vez que recairia sobre os sócios, mais do que sobre a própria administração. 44 Cong. Rec. 4038 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹⁴⁸ 44 Cong. Rec. 3978 (1909) (pronunciamento do senador Cummins); cf. também 44 Cong. Rec. 4047 (1909) (pronunciamento do senador Hughes) (alegando que a regulação deveria ser feita diretamente).

¹⁴⁹ 44 Cong. Rec. 3978 (1909) (pronunciamento do senador Cummins). O senador Cummins sustentou que percentuais muito mais altos levariam os *trusts* para fora de seus negócios. 44 Cong. Rec. 4232 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹⁵⁰ Cf. 44 Cong. Rec. 4009 (1909) (pronunciamento do senador Clapp).

bases dos grandes *trusts*.¹⁵¹ Defensores do imposto responderam que seria melhor atacar os *trusts* por meio de um imposto que incidisse sobre todas as pessoas jurídicas a se abster de atacar todas.¹⁵²

C. Resumo

Entre 1894 e 1909, uma significativa mudança ocorreu com relação à justificativa do imposto da pessoa jurídica. O imposto de 1894 foi concebido como a continuação do imposto da Guerra Civil, o qual era um imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos sócios. O imposto de 1909, por outro lado, embora ainda fosse visto por alguns oponentes como um imposto indireto sobre os sócios, era primordialmente entendido como um instrumento regulatório para restringir o poder de gestão das pessoas jurídicas. Este objetivo foi atingido mais diretamente por meio da característica pública do imposto, mas os apoiadores e oponentes também viram o imposto como tendo o potencial para regular a administração diretamente, por meio da redução de sua riqueza, e assim restrição do seu poder de gestão.

Esta mudança pode ser facilmente percebida por meio da comparação de duas opiniões da Suprema Corte a respeito do imposto das pessoas jurídicas. Em 1870, a Corte decidiu que o imposto da Guerra Civil sobre a renda poderia ser aplicado sobre os sócios em relação aos lucros não distribuídos das pessoas jurídicas.¹⁵³ Cinqüenta anos mais tarde, a Corte sustentou que o sócio não poderia ser tributado sobre os dividendos não distribuídos, uma vez que isso equivaleria a tributá-lo sobre a renda não distribuída da pessoa jurídica, a qual não seria renda daquele nos termos da décima sexta Emenda.¹⁵⁴ A Corte declarou:

"Nós não temos dúvidas de que o poder ou o dever de uma Corte é olhar através da forma de uma pessoa jurídica e determinar a questão dos direitos dos sócios, a fim de descobrir se ele recebera renda tributável pelo Congresso sem sua distribuição. Mas, ao olhar através de forma, não podemos desconsiderar a essencial verdade descoberta; ignorar a substancial diferença entre pessoa jurídica e sócio; tratar a inteira organização como irreal; olhar para os sócios como parceiros, quando eles não o são; tratá-los como se tivessem no capital social um direito sobre parte dos ativos da pessoa jurídica, quando eles não o têm; e permitir a ficção de que eles receberam e realizaram uma parte dos lucros da pessoa jurídica, a qual eles na verdade não receberam nem realizaram. Nós devemos tratar a pessoa jurídica como uma entidade substancial, separada do sócio, não somente por ser um fato prático, mas porque somente reconhecendo tal separação que qualquer dividendo - pago em dinheiro ou outros bens - pode ser considerado renda para o sócio. Se nós considerássemos a pessoa jurídica e seu sócio como

¹⁵¹ Cf. 44 Cong. Rec. 4010 (1909) (pronunciamento do senador Clapp); 44 Cong. Rec. 4230 (1909) (pronunciamento do senador Dolliver). O senador Aldrich rebateu isso, dizendo que seria necessário evitar a dupla tributação da pessoa jurídica e que nenhuma incorporação com intuito lucrativo deixaria de ser tributada. 44 Cong. Rec. 4231 (1909) (pronunciamento do senador Aldrich).

¹⁵² Cf., e.g., 44 Cong. Rec. 4036 (1909) (pronunciamento do senador Davis).

¹⁵³ *Collector v. Hubbard*, 79 U.S. (12 Wall.) 1, 18 (1870).

¹⁵⁴ *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920).

idênticos, não haveria renda, exceto quando a pessoa jurídica a adquirisse; e enquanto esta fosse tributada contra a pessoa jurídica como renda, com base em apropriadas previsões legais, os sócios individualmente considerados não poderiam ser separada e adicionalmente tributados com relação a suas várias participações, mesmo quando alienadas, não poderiam ser considerados recebedores de nada da pessoa jurídica, uma vez que haveria inteira identidade entre eles e esta, nada mais do que se o dinheiro fosse removido do bolso de outrem.¹⁵⁵

Portanto, em 1920, a Corte via a pessoa jurídica como uma realidade objetiva, separada e distinta de seus sócios, "porque isto é um fato prático".¹⁵⁶ A mesma visão de realidade objetiva fundamentou muitos, embora não todos, dos argumentos feitos quando o imposto das pessoas jurídicas foi introduzido em 1909.

O que causou a mudança entre 1894, quando o imposto das pessoas jurídicas era visto como um instrumento de retenção, e a teoria da agregação era dominante, e 1909, quando a teoria da realidade objetiva foi a principal razão para a adoção do imposto das pessoas jurídicas? A principal razão é a significativa mudança de natureza das pessoas jurídicas que ocorreu neste período. De 1890 a 1916 o capitalismo americano transformou-se de um sistema de pessoas jurídicas nas quais os proprietários eram administradores e que operavam amplamente em desregulados mercados competitivos, para um sistema dominado por relativamente poucas pessoas jurídicas de grande porte, principalmente não administradas por seus proprietários em um regulado mercado competitivo.¹⁵⁷ Em particular, embora houvesse corporações de larga-escala antes da Era do Progresso, a consolidação começou apenas no início dos anos de 1890 e acelerou até a consolidação por fusões e incorporações entre 1898 e 1904.¹⁵⁸ A mudança legal fundamental deu-se em 1890, com a adoção de uma nova legislação societária que permitiu a existência de pessoas jurídicas *holdings* em New Jersey.¹⁵⁹ Isto tornou possível evitar os problemas das estruturas de *trusts* (nas quais os sócios conferiam suas ações a um *trust* em troca de certificados), passando para a mais simples estrutura de pessoa jurídica *holding*, a qual mantém as empresas investidas como subsidiárias operacionais. O resultado

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 213-14. A Corte então foi no sentido de que *Hullbard* fora superado por *Pollack v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), *aff'd on reh'g*, 158 U.S. 601 (1895), e não fora restabelecido pela décima-sexta Emenda. *Macomber*, 252 U.S. pp. 218-19.

¹⁵⁶ *Macomber*, 252 U.S. p. 214. O outro argumento levantado pela Corte - o de que dividendos em dinheiro não poderiam ser tributados - interessantemente ignora o fato de que entre 1913 (quando a décima sexta Emenda foi aprovada e o primeiro imposto sobre a renda da pessoa física foi introduzido) e 1936, dividendos em dinheiro eram em certa medida isentos para os sócios. Cf. BANK, nota *supra* 30, p. 533. Mas os dividendos eram tributados na medida em que a alíquota aplicável para a pessoa física excedia a alíquota básica ou normal e a alíquota do imposto sobre a pessoa jurídica era mais alta do que a alíquota normal de 1918, resultando em parcial dupla tributação. Cf. Steven A. Bank, *Corporate Managers, Agency Costs, and the Rise of Double Taxation*, 44 Wm. & Mary L. Rev. 167, pp. 181-82 (2002) (discuindo a histórica evolução da dupla tributação).

¹⁵⁷ Cf. Martin J. Sklar, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism*, pp. 1.890-1.916 (1988). Para embasamento, cf. Alfred D. Chandler, Jr., *The Visible Hand: the Managerial Revolution in American Business* (1977).

¹⁵⁸ SKLAR, nota *supra* 157, pp. 45-46 e n. 4 (indicando que apenas poucas concentrações tomaram espaço entre 1904 e 1954).

¹⁵⁹ Cf. Act de Apr. 21, 1896, ch. 185, 1896 N.J. Laws 309-310 § (9)(104); Lincoln Steffens, *New Jersey: a Traitor State: Part II - How She Sold Out to the United States*, 25 McClure's Mag. 41 (1905).

foi uma onda de migração de corporações para New Jersey, seguida na década de 1910 de outra migração para Delaware, quando New Jersey recusou-se a promover mais alterações legais que favorecessem a administração das pessoas jurídicas.¹⁶⁰

A reação para o emergencial "problema dos *trusts*" de 1896 em diante foi um coro de pedidos por uma maior regulamentação. Por exemplo, em 1906, o deputado Martin de South Dakota definiu *trust* como uma "combinação de corporações", identificando "diabólicos" resultados como "supercapitalização... a tendência ao monopólio, e... a destruição do sucesso e empresa individuais", e pediu por uma legislação que resolvesse o problema, combinando "publicidade", "livre competição" e "incisiva supervisão ou regulação federal".¹⁶¹ Um resultado imediato foi a tentativa de o presidente Roosevelt tentar controlar os *trusts* por meio do *Scherman Antitrust Act* de 1890, o qual conduziu a Suprema Corte a fracionar a *The Standard Oil Company*, embora sustentasse que apenas "irrazoáveis" restrições de comércio fossem ilegais.¹⁶²

O presidente Roosevelt não se opôs ao crescimento de grandes negócios; ao contrário dos Populistas, ele não acreditava em voltar no tempo, para uma "idade de ouro" dos pequenos produtores. Mas ele era realmente a favor da regulação federal. Na mensagem de 1907 para o Congresso, ele declarou:

"Eu não sou de modo algum hostil às pessoas jurídicas. Este é um tempo de combinações e qualquer esforço para impedir as combinações será não apenas inútil, mas, no fim, viciado... Nós deveríamos, mais ainda, reconhecer o imenso bom efeito trazido pelas agências corporativas... A corporação veio para ficar."¹⁶³

Mas no ano seguinte ele também declarou:

"Eu verdadeiramente advogo que, em lugar de um tolo esforço para proibir todas as combinações, deve-se substituir [pelo *Scherman Act*] a lei que deve expressamente permitir combinações, as quais sejam no interesse público, mas ao mesmo tempo em que dê a alguma agência do Governo Federal poder de controle e supervisão sobre elas."¹⁶⁴

A primeira proposta concreta de Roosevelt foi a de constituição das pessoas jurídicas em âmbito nacional.¹⁶⁵ A *Hepburn Bill*, introduzida em 1908, teria permitido que as pessoas jurídicas se registrassem voluntariamente em um escritório federal.¹⁶⁶ A proposta falhou, contudo, por causa da oposição Republicana a tal expansão de poder do Executivo. Se o governo federal registrasse as pessoas jurídi-

¹⁶⁰ Para o clássico debate se essa era uma "corrida para baixo" ou "corrida para o topo", cf. William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 Yale L.J. 663 (1974); Ralph K. Winter, Jr., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 J. Legal Stud. 251 (1977).

¹⁶¹ 40 Cong. Rec. 1849-51 (1906) (pronunciamento do deputado Martin).

¹⁶² *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); cf. também *United States v. Am. Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 179 (1911) (estabelecendo a "regra da razão" padrão para interpretar o Sherman Act).

¹⁶³ 42 Cong. Rec. 68 (1907) (pronunciamento do presidente Roosevelt).

¹⁶⁴ 43 Cong. Rec. 17 (1908) (pronunciamento do presidente Roosevelt).

¹⁶⁵ 42 Cong. Rec. 70 (1907) (pronunciamento do presidente Roosevelt).

¹⁶⁶ H.R. 19745, 60th Cong. (1908), *reimpresso em* An Act to Regulate Commerce, etc.: Hearings on House Bill 19745 Before Subcomm. n.º 3 of the House Comm. on the Judiciary, 60th Cong. 3-6 (1908).

cas, ele poderia também desregistrar-las.¹⁶⁷ Essa preocupação levou à instituição do *Clayton Antitrust Act* de 1914 e a instituição da Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission*).¹⁶⁸

As mesmas preocupações com relação aos *trusts* são refletidas nos debates sobre o imposto das pessoas jurídicas, o qual era visto, pelos apoiadores e oponentes, como uma medida regulatória.¹⁶⁹ Kornhauser focou principalmente na peculiaridade da publicidade do imposto, mas isto não era seu único aspecto regulatório - apoiadores e oponentes viam o imposto também como tendo um potencial de restringir diretamente o poder de administração.¹⁷⁰ Assim, o senador Root, o principal redator do imposto no lado do Senado, falou sobre a acumulação de riqueza nas mãos das pessoas jurídicas como a principal razão do imposto.¹⁷¹ O senador Newlands semelhante sustentou a existência do imposto, uma vez que "não havia razão porque os grandes monopólios industriais não deveriam pagar parte das despesas nacionais".¹⁷² Do mesmo modo, o senador Owen declarou que "a mais importante necessidade dessa geração do povo dos Estados Unidos requer a transferência de gigantes fortunas que foram pilhadas por meio de monopólios bem sucedidos".¹⁷³ E o senador Cummins, um oponente do imposto, semelhantemente declarou que "a nova força que entrou na vida e nos negócios americanos" que é "um prelúdio para a comercial e industrial servidão, a menos que o Governo intervenha com seu forte braço".¹⁷⁴ O senador Cummins opôs-se ao imposto porque ele se aplicava sobre todas as pessoas jurídicas, mais do que somente às grandes corporações, as quais ele pensou que deveriam ser tributadas mais energicamente.¹⁷⁵ O senador Clapp também estava preocupado com os *trusts*, mas argumentou que o imposto proposto não focava no problema por causa da isenção dos dividendos pagos às *holdings*.¹⁷⁶ A solução do senador Cummins foi a de tributar mais pesadamente os *trusts*:

¹⁶⁷ KORNHAUSER, nota *supra* 101, p. 67.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 62-63.

¹⁷⁰ Para a discussão da publicidade, cf. *ibidem*, pp. 69-82.

¹⁷¹ 44 Cong. Rec. 4003 (1909) (pronunciamento do senador Newlands).

¹⁷² 44 Cong. Rec. 3761 (1909) (pronunciamento do senador Root).

¹⁷³ O senador Newlands sustentou em particular a tributação de todas as indústrias beneficiárias das tarifas. 44 Cong. Rec. 3762 (1909) (pronunciamento do senador Newlands); 44 Cong. Rec. 4049 (1909) (pronunciamento do senador Newlands) (propondo uma isenção para pequenas corporações, a fim de "delimitar a tributação às grandes corporações de capital cujos lucros têm sido enormes, cuja capacidade contributiva é superior à de qualquer outra classe da comunidade, e cujos abusos têm chamado à atenção do país e requerido a atuação legislativa").

¹⁷⁴ 44 Cong. Rec. 3950 (1909) (pronunciamento do senador Owen). Ele declarou que as riquezas das pessoas jurídicas de capital aberto reuniam um terço da riqueza nacional. *Id.*, cf. também 44 Cong. Rec. 4000-01 (1909) (pronunciamento do senador Bourne) (defendendo o imposto por causa da tendência de os negócios serem consolidados requerer o fortalecimento da habilidade do governo para regular).

¹⁷⁵ 44 Cong. Rec. 3965 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹⁷⁶ 44 Cong. Rec. 3978 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

¹⁷⁷ 44 Cong. Rec. 4009-10 (1909) (pronunciamento do senador Clapp) ("a maior atração, o pleno efeito desta previsão é encorajar essas organizações, grandes, poderosas, a dominar, absorver indústrias, absorver a vida e os negócios industriais, quando lhes damos isenção tributária"); cf. também 44 Cong. Rec. 4230 (1909) (pronunciamento do senador Dolliver) (focando os problemas do *trust*). O senador Davis, por outro lado, pensou que a solução para "a invasão das corporações em cada li-

"Se uma pessoa jurídica é organizada para o propósito de consolidar uma dúzia de outras pessoas jurídicas com vistas ao controle de negócios nos quais aquelas pessoas jurídicas estejam engajadas, com a finalidade de ser capaz de dirigir, por meio de um único conselho diretor, um campo inteiro da indústria... pondo de lado a contravenção da política pública envolvida, em tal organização o privilégio envolvido não tem valor, e em vez de ser tributado a dois por cento de seus ganhos líquidos, ela deveria ser tributada a dez ou quinze por cento de seus ganhos líquidos, os quais deveriam ser tributados de tal forma que tais pessoas jurídicas se tornassem não apenas não atraentes, mas também não lucrativas."¹⁷⁷

A principal razão para a diferença entre o imposto de 1894, um imposto sobre os sócios, e o de 1909, um imposto sobre a administração, foi o crescimento dos grandes *trusts* no período entre 1896 e 1904.¹⁷⁸ Em 1909, o problema do *trust* foi percebido como o mais sério a ser enfrentado pelo país.¹⁷⁹ Alguns Democratas gostariam de poder voltar no tempo e abolir os *trusts*, mas a maioria preferiu seguir o presidente Roosevelt e regulá-los.¹⁸⁰ O principal veículo para tal regulação seria o imposto das pessoas jurídicas, em parte por causa de seu caráter público, mas em parte por causa, como muitos sustentaram durante o debate no Congresso, de o poder de tributar ser "equivalente ao poder de destruir".¹⁸¹ Tributar o poder dos *trusts* era visto como o início de um poder federal regular e potencialmente destruí-los. Esta era a razão fundamental por trás da elaboração de um imposto das pessoas jurídicas. Ainda hoje essa justificativa é válida? A resposta desta questão requer uma mudança de análise histórica para a normativa.

III. Uma Perspectiva Normativa: qual a Justificativa para o Imposto das Pessoas Jurídicas Hoje?

A. A realidade do poder das pessoas jurídicas

Uma página de história pode ser um valioso volume de lógica¹⁸² quando se trata do poder explicativo, porém Homes já disse que história *per se* não tem qual-quer poder normativo.¹⁸³ Há muitas lições normativas que podem ser extraídas da história acima para justificar a existência do imposto das pessoas jurídicas hoje?

nha de negócios e comércio" era "que, se não pudermos tributar todas as corporações, deveríamos tributar todas as que pudermos". 44 Cong. Rec. 4036 (1909) (pronunciamento do senador Davis). E o senador Aldrich apontou que nenhuma corporação era isenta de tributação. 44 Cong. Rec. 4231 (1909) (pronunciamento do senador Aldrich).

¹⁷⁷ 44 Cong. Rec. 4232 (1909) (pronunciamento do senador Cummins). O senador Newlands apresentou similares argumentos. 44 Cong. Rec. 4233 (1909) (pronunciamento do senador Newlands).
¹⁷⁸ Em 1900, John D. Rockefeller tinha criado a The Standard Oil Company e capitalizado nela \$ 122 milhões. No ano seguinte, J.P. Morgan criou a U.S. Steel em uma transação de \$1,4 bilhão. Entre 1898 e 1901, a capitalização de fusões totalizou \$ 5,4 bilhões e 2.274 firmas foram fundidas. SKLAR, nota *supra* 157, pp. 45-46.

¹⁷⁹ Cf. Horace L. Wilgus, Need of a National Incorporation Law, 2 Mich. L. Rev. 358 (1904) (discutindo a natureza e o escopo do problema dos *trusts*).

¹⁸⁰ Cf. KORNHAUSER, nota *supra* 101, pp. 63-64 (discutindo sobre as posições políticas sobre os *trusts* e a preferência do governo pela regulação).

¹⁸¹ Cf., e.g., 44 Cong. Rec. 3977 (pronunciamento do senador Cummins, referente a *McCulloch v. Maryland*), 17 U.S. 316 (1819).

¹⁸² *N.Y. Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345, 349 (1921).

¹⁸³ Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. 457, 459 (1897).

Eu poderia argumentar que a resposta é positiva, pelas seguintes razões.¹⁸⁴ Das origens romanas da estrutura de pessoa jurídica para as empresas multinacionais de hoje (MNEs), a pessoa jurídica se deparou com várias mudanças cruciais. Primeiro, o conceito da pessoa jurídica como uma pessoa legal separada de seus proprietários ou membros teve que ser desenvolvido, e esse desenvolvimento apenas se completou com o trabalho de doutrinadores de Direito Civil no século quatorze. Lá pelo fim da Idade Média, uma *membership corporation*, isto é, a pessoa jurídica com muitos sócios que escolhem outros para sucedê-los, com personalidade legal - a capacidade de ser proprietária, processar e ser processada, e até de responder criminalmente - e duração ilimitada, foi bem estabelecida tanto nas jurisdições de *civil law* como nas de *common law*. O passo seguinte foi a importante mudança de pessoas jurídicas sem fins lucrativos para pessoas jurídicas empresariais com fins lucrativos, o que ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos no fim do século dezoito, início do século dezanove. A terceira transformação foi a mudança de pessoas jurídicas de capital fechado para pessoas jurídicas cujas participações são detidas por muitos e negociadas em bolsa, e com essa transformação adveio o crescimento da responsabilidade limitada e da liberdade de constituir, que ocorreu no final do século dezanove e no início do século vinte. Finalmente, a última principal transformação foi de pessoas jurídicas que realizavam negócios em um país para as MNEs, cujas operações atravessam o mundo, a qual começou depois da 2ª Guerra Mundial e continua até hoje.

Cada uma dessas quatro principais transformações foi acompanhada de mudanças na concepção legal da pessoa jurídica. Através da evolução histórica da pessoa jurídica, as três concepções teóricas da pessoa jurídica - teorias agregadora, da ficção legal e da realidade objetiva - tiveram avanços. Singularmente, sempre que houve uma mudança no papel da pessoa jurídica, todas as três teorias foram conduzidas a mudanças.¹⁸⁵ Porém, em cada mudança, a teoria da realidade objetiva prevaleceu sobre as outras duas, e tem sido consistentemente a teoria dominante durante os períodos de estabilidade no relacionamento entre as pessoas jurídicas, os sócios e o Estado.¹⁸⁶

A explicação para essa persistência da visão da realidade objetiva é dupla. Primeiro, a visão da realidade objetiva persistiu porque representa uma melhor aproximação da realidade do que a visão da ficção legal e a visão agregadora, e essa visão tornou-se uma melhor aproximação na medida em que a forma corporativa evoluiu. Pessoas jurídicas romanas e medievais poderiam plausivelmente ser vistas como meras criaturas do Estado por causa do papel estatal em criá-las, ou poderiam ser vistas como meras agregações de seus membros porque seus membros também geriam a pessoa jurídica. Contudo, essas visões são muito menos plausíveis

¹⁸⁴ Essa seção III.A é baseada em um trabalho guia, Reuven S. Avi-Yonah, *Aggregate, Artificial, or Real? The Cyclical Transformations of the Corporate Form* (9 de janeiro de 2004) (manuscrito não publicado, no arquivo da *Virginia Law Review Association*) [doravante AVI-YONAH, *Cyclical Transformations*].

¹⁸⁵ Portanto, a transição da visão agregada da pessoa jurídica para a visão da realidade objetiva entre 1894 e 1909 pode ser vista como uma parte desse amplo fenômeno, que foi repetido muitas vezes através da história das pessoas jurídicas.

¹⁸⁶ Cf. AVI-YONAH, *Cyclical Transformations*, nota *supra* 184.

hoje, já que o Estado possui apenas um papel mínimo no ato de criar pessoas jurídicas e esse papel é agudamente restringido pela habilidade gerencial de mudar o local de constituição dessas pessoas jurídicas. Os sócios, enquanto isso, estão sempre disseminados por todo o mundo e claramente são separados da entidade corporativa.¹⁸⁷

Segundo, outro meio de observar a persistência da visão da realidade objetiva é que ela reflete o poder de gestão empresarial.¹⁸⁸ Um meio de observar as transformações delineadas acima é que ambas as visões da ficção legal e agregadora foram desenvolvidas com vistas a limitar o poder de gestão. A visão da ficção legal normalmente foi levada adiante com o objetivo de possibilitar que o Estado regulasse as pessoas jurídicas, e a visão agregadora foi normalmente conduzida para realçar o poder dos sócios, embora às vezes fosse usada para conferir direitos às pessoas jurídicas que normalmente pertencem às pessoas físicas.¹⁸⁹ O derradeiro sucesso da visão da realidade objetiva resultou do fato de que ela reconhece maior poder à gestão do que as outras visões, e tanto a doutrina como as Cortes foram preocupadas com o bem-estar das pessoas jurídicas (ou seja, da gestão empresarial).¹⁹⁰ Porém, o poder de gestão como fundamento para persuadir as Cortes a adotar a visão da realidade objetiva também mostra que essa visão é mais precisa do que as outras. Se a gestão tem o poder de persuadir cortes a adotarem a visão da realidade objetiva, essa visão deve também ser precisa (no mínimo mais precisa do que as outras).

Um bom meio de descrever a visão agregadora e a visão da ficção legal é dizer que ambas representam as aspirações normativas de seus proponentes. Aqueles que acreditam que pessoas jurídicas são insuficientemente reguladas pelo Estado sustentam a visão da ficção legal para justificar maior regulação. Aqueles, incluindo muitos atuais acadêmicos de direito comercial, que acreditam que o maior problema com as pessoas jurídicas é a questão do custo de agência - ou seja, que os administradores estão insuficientemente atentos com o bem-estar dos sócios - sustentam a visão da ficção legal.¹⁹¹ Nenhuma dessas visões de fato descreve como

¹⁸⁷ A situação é diferente em países com estruturas corporativas inter-relacionadas, mas é defensável que isso significa que sócios individuais têm ainda menos poder e a administração é mais firmemente consolidada. Cf., e.g., Lucian Arye Bebchuck & Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 *Stan. L. Rev.* 127 (1999) (discutindo o papel da dispersão da propriedade e da governança corporativa).

¹⁸⁸ Cf., e.g., Vikramaditya S. Khanna, *Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis*, 82 *Wash. U. L.Q.* 95 (2004) (argumentando que as pessoas jurídicas continuam sendo colocadas como responsáveis criminalmente porque a gestão prefere responsabilidade criminal à responsabilidade civil, e ambas à responsabilidade pessoal).

¹⁸⁹ Cf. geralmente AVI-YONAH, *Cyclical Transformations*, nota *supra* 184 (explicando as quatro maiores transformações nas pessoas jurídicas e seus conceitos legais associados).

¹⁹⁰ Cf. HAGER, nota *supra* 25, em 585 (discutindo que a visão da realidade objetiva poderia às vezes ser usada para limitar o poder de gestão, por exemplo, para justificar responsabilidade criminal e civil da pessoa jurídica); cf. também E. Merrick Dodd, Jr., *For whom are Corporate Managers Trustees?*, 45 *Harv. L. Rev.* 1145, pp. 1153-54 (1932) (discutindo que a teoria da realidade objetiva é a sustentação para a responsabilidade social da pessoa jurídica).

¹⁹¹ Para exposições clássicas, cf. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991); Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 *Am. Econ. Rev.* 777 (1972); Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, 26 *J.L. & Econ.* 301 (1983); Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *J.*

realmente as pessoas jurídicas operam no mundo real - elas representam descrições idealizadas, normativamente baseadas em descrições de como as pessoas jurídicas poderiam ser num mundo melhor.¹⁹²

Para ver com o que as pessoas jurídicas se parecem no mundo real, uma perspectiva mais precisa está disponível na literatura sociológica.¹⁹³ Como um sociólogo apontou: "O problema recorrente na sociologia é conceber a organização corporativa, e estudá-la, de modo que não atribua a ela características humanas e não a reduza ao comportamento dos indivíduos ou às agregações de seres humanos."¹⁹⁴ Um ramo inteiro da sociologia econômica centra-se no estudo das organizações, e há inúmeros livros dedicados a esse tópico.¹⁹⁵ Muitos desses livros giram em torno do estudo de grandes pessoas jurídicas, já que essas são as formas dominantes de organização nesta sociedade.¹⁹⁶ Além disso, elas são envolvidas pela perspectiva econômica inaugurada por Ronald Coase no seu clássico artigo de 1937 denominado "The Nature of the Firm",¹⁹⁷ e desenvolvida por Oliver Williamson e outros em custos econômicos de transação.¹⁹⁸ Esse ramo da economia, que agora forma parte da "nova economia institucional", reconhece que as pessoas jurídicas são fundamentalmente diferentes do mercado, por causa de sua estrutura hierárquica, e prossegue investigando quando faz sentido a atuação de uma pessoa jurídica verticalmente integrada em contraposição à aquisição direta no mercado (a questão

Fin. Econ. 305 (1976). Como colocado por dois de seus proponentes originais, sob essa visão, os diversos participantes na pessoa jurídica não diferem "nem um pouco de acordos comuns de mercado entre quaisquer duas pessoas". ALCHIAN & DEMSEY, *supra*, p. 777. "A propriedade da firma desaparece como um conceito cheio de significado sob esse modelo porque ninguém pode detê-la." Lynne L. Dallas, Two Models of Corporate Governance: Beyond Berle and Means, 22 U. Mich. J.L. Reform 19, 23 (1988).

¹⁹² A visão contratualista quase virou lei na década de 80. Cf. *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982). In *CTS Corp. v. Dynamics Corp.*, 481 U.S. 69 (1987), contudo, a Suprema Corte decidiu não adotar essa visão - provavelmente para o melhor, tendo em vista que não é claro que um mercado não adotaria o controle corporativo, tendo em vista que não é claro que um mercado não res- tentativas de alinhar os interesses da gestão com o dos acionistas via *stock options* acarretaram pre- judiciais consequências, incentivando os gestores a artificialmente inflar ganhos por ação para man- ter o valor das quotas. Os escândalos da Enron e da Worldcom são os últimos e mais noticiados exemplos. Recentes disciplinas de Direito e Economia estão na realidade começando a reconhecer a importância crucial do poder de gestão em contextos como o de permitir compensação executi- va. Cf. Lucian Arye Bebchuck & Jesse M. Fried, Executive Compensation as an Agency Problem, 17 J. of Econ. 71 (2003).

¹⁹³ Essa visão se sustenta no trabalho de Durkheim, que foi o primeiro a focar em grupos como sendo mais do que a soma de seus membros. Cf. HAGER, nota *supra* 25, p. 582.

¹⁹⁴ Guy E. Swanson, The Tasks of Sociology, 192 Sci. (n.s.) 665, 666 (1976).

¹⁹⁵ Cf., e.g., The Handbook of Economic Sociology (Neil J. Smelser & Richard Swedberg eds., 1994) (cf. especialmente Parte II.C, The Sociology of Firms, Organizations, and Industry); Jeffrey Pfeffer & Gerald R. Salancik, The External Control of Organizations: a Resource Dependence Perspective (1978); W. Richard Scott, Organizations: Rational, Natural, and Open Systems (3ª ed. 1992); The New Institutionalism in Organizational Analysis (Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio eds., 1991); James D. Thompson, Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory (1967). Cf., e.g., ROY, nota *supra* 3 (discutindo o crescimento de pessoas jurídicas de larga escala).

¹⁹⁶ R. H. Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica* (n.s.) 386 (1937).

¹⁹⁸ Oliver E. Williamson, Transaction Cost Economics and Organization Theory, in *The Handbook of Economic Sociology*, nota *supra* 195, p. 77. Para uma crítica, cf. Mark Granovetter, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, 91 *Am. J. Soc.* 481 (1985).

do *make or buy*).¹⁹⁹ Recentemente, custos de transação econômicos tornaram-se a explicação principal para a recente transformação das pessoas jurídicas - o crescimento de MNEs.²⁰⁰

De uma perspectiva normativa, a observação chave que emerge dessa literatura é que os administradores de empresas têm o poder, definido como a habilidade de influenciar o comportamento dos outros, ou mais geralmente "a habilidade de conseguir o que se quer",²⁰¹ em virtude de sua posição no topo da hierarquia corporativa e dos recursos financeiros que controla.²⁰² O economista Kenneth Boulding, por exemplo, distingue os poderes de ameaça, econômico e integrativo (o graveto, a cenoura e o abraço);²⁰³ todos os três podem ser atribuídos a pessoas jurídicas. O cientista político Joseph Nye distingue poder "firme" (militar e econômico) e poder "brando" (poder cultural, ou a habilidade de persuadir outros para queerem ser mais como você) e descreve como as principais MNEs norte-americanas manejam os poderes firme e brando.²⁰⁴ Iguamente, renomados acadêmicos da área fiscal como os professores Richard Musgrave e William Andrews reconheceram que o controle sobre recursos financeiros é uma fonte de poder para além da pura habilidade de consumir.²⁰⁵ De fato, gestões empresariais são o melhor exemplo desse ponto porque tipicamente não podem consumir recursos da pessoa jurídica diretamente, embora retirem significativo poder do fato de controlarem esses recursos.²⁰⁶

¹⁹⁹ Cf. WILLIAMSON, nota *supra* 198.

²⁰⁰ Cf. The Nature of the Transnational Firm (Christos N. Pitelis & Roger Sugden eds., 1991) (cf. especialmente Capítulo 2).

²⁰¹ Kenneth E. Boulding, Three Faces of Power 15 (1989).

²⁰² Essa ainda foi a visão prevalente em 1959. Cf. Abram Chayes, The Modern Corporation and the Rule of Law, in *The Corporation in Modern Society* 25, 25 (Edward S. Mason ed., 1959). Essa vi- são tem sido agora largamente trocada pela teoria do nexo contratual. Cf. BRATTON, nota *supra* 25, p. 1.473 (chamando a visão centrada no poder de "gerencialista").

²⁰³ BOULDING, nota *supra* 201, pp. 24-25. Para outras discussões sobre a natureza do poder, cf. ger- ralmente Valeri G. Ledyavov, Power: a Conceptual Analysis (1997); Power (Steven Lukes ed., 1986); 1-3 Power: Critical Concepts (John Scott ed., 1994); Power in Modern Societies (Marvin E. Olsen & Martin N. Marger eds., 1993).

²⁰⁴ Joseph S. Nye, Jr., The Paradox of American Power: why the World's Only Superpower can't go It Alone 8-9 (2003).

²⁰⁵ Richard A. Musgrave, Clarifying Tax Reform, 70 *Tax Notes* 731, 733-34 (1996); cf. também Insti- tute for Fiscal Studies, The Structure and Reform of Direct Taxation 351 (1978) ("A detenção de riqueza em si mesma... pode conferir aos proprietários os benefícios de segurança, independência, influência e poder, muito distante de qualquer gasto que a renda decorrente disso pode financiar"). Anne L. Alstott, The Uneasy Liberal Case Against Income and Wealth Transfer Taxation: a Res- ponse to professor McCafferey, 51 *Tax L. Rev.* 363, pp. 371-72 (1996) (discursando sobre influên- cia política e riqueza); William D. Andrews, Fairness and the Personal Income Tax: a Reply to pro- fessor Warren, 88 *Harv. L. Rev.* 956 (1975) ("Pode bem ser inaceitável confiar apenas no consumo como base do imposto da pessoa física porque para muitas pessoas, riqueza tem um valor de bem-estar acima e além do consumo no futuro que podem tentar suportar").

²⁰⁶ Daniel Shaviro sustenta em contraposição que muitos acreditam que pessoas ricas "escapam da carga do imposto sobre consumo mediante o diferimento do consumo, e essas defesas desse tipo de im- posto ignoram os efeitos de riqueza não consumida na segurança, no poder político e no status so- cial das pessoas. Esse argumento fecha os olhos para o fato de que o que faz a riqueza valiosa... é o real poder de compra que ela comanda. De outra maneira, dinheiro real não seria diferente de di- nheiro de monopólio. Um imposto sobre consumo afeta o poder de compra até de renda não gas- ta, e a carga que isso impõe geralmente não é reduzida pelo diferimento do consumo de alguém." (Replacing the Income Tax with a Progressive Consumption Tax, 103 *Tax Notes* 91 (2004)) Isso é

B. A natureza do poder das pessoas jurídicas

A literatura sociológica indica que o poder da pessoa jurídica (poder de administração ou gerencial) pode geralmente ser dividido em três categorias.²⁰⁷ A primeira é o poder político - o poder de gestão para afetar resultados políticos por meio de lobby e contribuições políticas. Esse poder é, de alguma forma, restringido pelas reformas na legislação de financiamento das campanhas eleitorais. Essas leis (incluindo mais recentemente a *McCain-Feingold*), contudo, são geralmente reconhecidas como não muito efetivas, e decisões como *First National Bank v. Bellotti*²⁰⁸ realçam o poder da pessoa jurídica. Além disso, mesmo se a reforma do financiamento das campanhas eleitorais completamente abolisse contribuições políticas por pessoas jurídicas (tanto indiretas como diretas), o lobby corporativo ainda poderia ser efetivo na medida em que as pessoas jurídicas têm poder sobre as vidas dos votantes nas jurisdições eleitorais dos políticos.

A segunda categoria de poder da pessoa jurídica é o poder econômico, que se aplica diretamente a empregados e indiretamente a comunidades nas quais as pessoas jurídicas têm significativas atuações. Enquanto o relacionamento entre sócios e a administração pode talvez plausivelmente ser analisado em termos puramente contratuais (sócios são livres para dispor do seu patrimônio), o mesmo não pode ser dito das muitas situações envolvendo empregados das pessoas jurídicas.²⁰⁹ Empregados têm investido capital humano nas pessoas jurídicas e podem achar difícil encontrar outro empregador; exceto sob custos significativos (por exemplo, os custos de mudança para uma cidade distante), especialmente em indústrias caracterizadas pelo monopólio ou oligopólio (por exemplo, Microsoft, Intel, Boeing e Wal-Mart). Nem é o contrato o melhor meio de descrever o relacionamento entre pessoas jurídicas e suas comunidades. Quando uma pessoa jurídica de grande porte fecha uma indústria ou move sua sede, os efeitos são sentidos tanto pelos empregados como pela comunidade. Em geral, a presença da sede da pessoa jurí-

errado porque o poder da riqueza (e da gestão empresarial) provém principalmente de sua habilidade de investir, e não consumir, sua riqueza, e investimentos são por definição não encurtados por um imposto sobre o consumo.

²⁰⁷ O ponto de que as pessoas jurídicas possuem poder foi claramente visto em 1932 por Berle e Means, que escreveram: "O poder econômico nas mãos de poucas pessoas que controlam uma pessoa jurídica gigante é uma tremenda força que pode prejudicar ou beneficiar uma multidão de indivíduos, afetar distritos inteiros, mudar as correntes de negócios, levar à ruína uma comunidade e à prosperidade outra. As organizações que eles controlam têm passado muito além do setor das empresas privadas - elas tornaram-se quase que instituições sociais."

BERLE & MEANS, nota *supra* 58, p. 46. Quando isso foi escrito, mais de um terço da riqueza nacional do País era administrada por cerca de duas centenas de pessoas jurídicas que, por seu turno, eram dominadas por poucas centenas de homens. Cf. id., p. 46 n. 34. Hoje, empresas multinacionais produzem cerca de 10% do PIB mundial. Cf. Reuven S. Avi-Yonah, National Regulation of Multinational Enterprises: an Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization, 42 Colum. J. Transnat'l L. 6, 6 (2003) [doravante AVI-YONAH, National Regulation].

²⁰⁸ 435 U.S. 765, 776 (1978) (reconhecendo a Primeira Emenda que conferiu o direito às pessoas jurídicas de estarem envolvidas em discursos políticos. Para uma crítica vigorosa, cf. HAGER, nota *supra* 25, pp. 640-41; Carl J. Mayer, Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights, 41 Hastings L.J. 577, pp. 615-16 (1990).

²⁰⁹ Cf., e.g., Thomas Lee Hazen, The Corporate Person, Contract (and Market) Failure, and Moral Values, 69 N.C. L. Rev. 273 (1991) (criticando o paradigma contratualista mesmo no contexto do sócio).

dica em particular é associada a externalidades positivas que não estão refletidas em qualquer arranjo contratual. É muito difícil regular esse tipo de poder corporativo sem excessivamente restringir a flexibilidade econômica da pessoa jurídica; então, até as indústrias sindicalizadas não estão imunes a fechar. Adicionalmente, esse é o tipo de poder que faz com que os países em desenvolvimento sintam-se tão dependentes das MNEs e de suas decisões sobre onde abrir novas indústrias.

A terceira categoria de poder da pessoa jurídica, que existe apenas esporadicamente, mas é crucial em vários casos, é o poder de mercado sobre consumidores. Poder de mercado existe em várias indústrias através do monopólio e do oligopólio. As leis antitruste regulam esse poder até certa medida, mas como foi mostrado recentemente no caso da Microsoft, seu alcance final é limitado.²¹⁰ Sob a "regra da razão" adotada pela Suprema Corte no *leading case The Standard Oil Company*, a dominação do mercado por si mesma não é suficiente para invocar as leis antitruste.²¹¹ Uma regra similar aplica-se na Europa porque apenas o abuso de posição dominante (e não a posição em si mesma) é acionável.²¹²

C. Dois argumentos para restringir o poder das pessoas jurídicas

Quais as consequências normativas do reconhecimento do poder de gestão empresarial? Há dois argumentos principais de porquê um Estado democrático liberal deveria restringir excessivas acumulações de poder privado. O primeiro é o argumento da democracia - numa democracia, todo poder deveria, no final, sujeitar-se a prestar contas às pessoas de um modo geral.²¹³ As acumulações privadas de poder por definição não prestam contas a ninguém, uma vez que os detentores do poder não são eleitos pelo povo e seus poderes não foram delegados por representantes do povo. Realmente, a Revolução Americana foi fundada na concepção de que enquanto as pessoas têm direitos naturais fundados na concepção liberal de Locke para as suas propriedades, indevidas concentrações de poder privado e riqueza deveriam ser desencorajadas.²¹⁴ Essa visão revela-se na crença republicana de humanismo cívico, o qual enfatiza a virtude pública como um contrapeso para direitos privados.²¹⁵ Uma república virtuosa, os fundadores acreditavam, deveria ser livre de concentrações de poder econômico como o que caracterizou a Inglaterra no século dezoito.²¹⁶ Destarte, a partir do início da República, os legisladores estaduais e federais usaram a tributação para restringir privilégios e para "afirmarem responsabilidades comunitárias, aprofundarem a cidadania, e demonstrarem as virtudes fiscais de um grupo de cidadãos republicanos".²¹⁷ Como o professor Den-

²¹⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (*per curiam*).

²¹¹ *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 62 (1911).

²¹² 2 Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: a Comparative Guide* de 827 (2ª ed. 1994).

²¹³ Essa visão é mais explorada em Reuven S. Avi-Yonah, *Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and Progressive Taxation*, 111 Yale L.J. 1391, pp. 1,406-07 (2002) (book review) [doravante AVI-YONAH, *Progressive Taxation*], onde é discutido que limitar o poder privado é o melhor argumento para a tributação dos ricos.

²¹⁴ VENTRY, nota *supra* 82, p. 28.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ BROWNLEE, nota *supra* 82, p. 31.

nis Ventry escreveu, "O ideal de virtude cívica criou uma forma única de habilidade para pagar tributos que foi hostil com a acumulação excessiva e com cidadãos que adquiriram títulos com o simples nascimento... Riqueza herdada, tal como concentrações brutas de riqueza (herdada ou não), caracterizaram uma sociedade aristocrática, não uma república livre e virtuosa."²¹⁸ No século vinte, a mesma visão foi melhor expressada no contexto corporativo por Berle, que escreveu que numa democracia como os Estados Unidos:

"faz-se necessária a apresentação de um sistema (nada foi apresentado) de lei ou governo, ou ambos, pelo qual a responsabilidade pelo controle da riqueza e renda nacional seja tão distribuída e consolidada que a comunidade como um todo, ou ao menos a maior parte dela, fique corretamente tomando conta dele. Caso contrário, o poder econômico, agora mobilizado e massificado sob a forma de pessoa jurídica... não logrará êxito em apresentar administradores com desejo de trazer alguma coisa boa."²¹⁹

O outro principal argumento contra o excessivo poder das pessoas jurídicas é baseado numa concepção liberal de igualdade. O professor Michael Wälzer explicou que quando liberais falam sobre igualdade, eles não estão preocupados com "igualdade simples", ou igualando os recursos iniciais de todo mundo.²²⁰ Em vez disso, eles estão advogando em favor da "igualdade complexa", pela qual Wälzer traduz que toda "esfera" social deveria ter seus apropriados princípios distributivos e que a posse de bens relevantes para uma esfera não deveria automaticamente transformar-se em dominação em outras esferas também.²²¹ "Em termos formais, igualdade complexa significa que nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode ser afastado pela sua presença em outra esfera, em relação a algum outro bem."²²² Em nossa sociedade capitalista, dinheiro é o "bem dominante", e as pessoas que o possuem são as mais propícias a acumular poder ilegítimo em outras esferas, como a política.²²³ "Esse bem dominante é mais ou menos sistematicamente convertido em todo tipo de outras coisas - oportunidades, poder e reputação."²²⁴ Wälzer continua explicando os efeitos insidiosos do dinheiro e por que necessita ser restringido pela redistribuição, inclusive tributação redistributiva:

"O imperialismo de mercado requer outro tipo de redistribuição. O que está sob discussão agora é a dominação do dinheiro fora de sua esfera, a habilidade de homens e mulheres ricos de negociar em escritórios estatais que aceitam gratificações ou mesmo são compráveis, que corrompem as cortes,

²¹⁸ VENTRY, nota *supra* 82, p. 28.

²¹⁹ A. A. Berle, Jr., For Whom Corporate Managers are Trustees: a Note, 45 Harv. L. Rev. 1365, 1368 (1932). É irônico que Berle é às vezes visto como o progenitor da atual aproximação do nexo dos contratos. Cf. também HAGER, nota *supra* 25, p. 639 ("Tal poder [corporativo], isolado de participação, crítica ou revisão por um público o qual não pode escapar de seus efeitos, impõe um enorme obstáculo para alcançar um máximo controle democrático sobre a condição da vida social").

²²⁰ Michael Wälzer, Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality 13-17 (1983).

²²¹ *Ibidem*, pp. 19-20.

²²² *Ibidem*, p. 19; cf. também Don Herzog, Happy Slaves: a Critique of Consent Theory 148-81 (1989) (descrevendo "diferenciação" liberal entre esferas diferentes).

²²³ WÄLZER, nota *supra* 220, p. 11.

²²⁴ *Ibidem*, p. 12.

que exercem poder político... O exercício do poder pertence à esfera de políticos, enquanto o que acontece no mercado deveria pertencer aos produtores - a uma troca entre iguais (uma troca livre)... Quando o dinheiro traz em si o controle, não sobre coisas, mas sobre pessoas também, ele deixa de ser um recurso privado."²²⁵

Também não é, como anotado acima, o poder do capital limitado pelo poder político direto:

"Seria um erro imaginar, contudo, que o dinheiro possui efeitos políticos apenas quando ele 'conversa' com candidatos e oficiais... Ele também possui efeitos políticos perto de casa, no próprio mercado e nas suas firmas e empresas... Mesmo dentro da relação adversária de proprietários e trabalhadores, com procedimentos sindicais em cena, proprietários podem ainda exercer um tipo ilegítimo de poder. Eles tomam todos os tipos de decisões que severamente restringem e moldam as vidas dos empregados (e seus colegas cidadãos, também). Não deveria o enorme investimento de capital representado por indústrias, fornhas, maquinários e linhas de montagem ser melhor visto como um bem político do que como um bem econômico? Dizer isso não significa que ele não pode ser dividido entre as pessoas em diversas formas, mas apenas que isso não deveria carregar as convencionais implicações da propriedade. Os meios de produção não são chamados de *commodities*... por gerarem um tipo de poder que os elevam para fora da esfera econômica."²²⁶

Wälzer advoga em favor da tributação como um meio de restringir o mercado para sua própria esfera (junto com organizações sindicais e direitos limitados de propriedade). Mas ele também reconhece as limitações intrínsecas de toda redistribuição, já que seu objetivo não é abolir o mercado:

"Todas as três redistribuições redeseñham a linha entre política e economia, e elas o fazem em meios que reforçam a esfera da política - a mão dos cidadãos, que é não necessariamente o poder do Estado... Mas embora forte as suas mãos, os cidadãos não podem simplesmente tomar quaisquer decisões que lhes agradam. A esfera da política possui suas próprias fronteiras... Por isso, a redistribuição não pode nunca produzir igualdade simples, não enquanto o dinheiro e as *commodities* ainda existirem, e há um espaço social legítimo dentro do qual eles podem ser mudados..."²²⁷

D. Maneiras de limitar o poder das pessoas jurídicas

Como podem ser limitados os poderes das pessoas jurídicas? Isso depende do tipo de poder. O poder político pode ser mais facilmente restringido por meio do estabelecimento de limites às contribuições de campanhas eleitorais, as quais são uma fonte inacreditavelmente barata de poder para as grandes corporações - uma campanha inteira pode ser financiada por poucos milhões de dólares, sendo que um político eleito pode tomar decisões que valem bilhões. Sabidamente, desde que

²²⁵ *Ibidem*, pp. 120-21.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 121-22; cf. também *ibidem*, pp. 301-03 (discutindo *company towns*).

²²⁷ *Ibidem*, pp. 122-23.

as pessoas jurídicas foram proibidas de fazer contribuições diretas para campanhas políticas em 1907, este tipo de limitação de poder não tem sido efetiva.²²⁸ O verdadeiro poder político das pessoas jurídicas parece assegurar que a reforma do financiamento das campanhas seja de difícil aprovação e deixe lacunas, sendo que as decisões da Suprema Corte, como o *First National Bank v. Bellotti*, também não ajudam. Todavia, é possível que o poder político direto das pessoas jurídicas possa ser limitado por uma reforma no financiamento de campanhas eleitorais. O problema, contudo, é que isso jamais eliminará o poder político das pessoas jurídicas, porquanto aquele poder funda-se em seu poder econômico. Enquanto a General Motors e a Ford empregarem dezenas de milhares de votantes de Michigan, suas visões irão refletir na delegação de Michigan no Congresso, mesmo que elas estejam estritamente proibidas de doar um centavo para qualquer político (direta ou indiretamente).

O poder de mercado de algumas pessoas jurídicas pode ser limitado por meio de leis antitruste. No entanto, é importante notar que pelos últimos quarenta anos as leis antitruste têm se distanciado de restringir o poder de mercado das pessoas jurídicas, apenas garantindo que os consumidores não paguem altos preços.²²⁹ A mudança no foco de restringir o tamanho e o poder das pessoas jurídicas para o foco de proteção do consumidor é particularmente chocante na lei antitruste norte-americana e é evidenciada pelo insucesso do governo de cessar monopólios como a IBM nos anos de 1970 ou da Microsoft nos anos de 1990. Na Europa, há mais foco sobre o "abuso de posição dominante", mesmo que ele apenas afete mais consumidores do que consumidores, mas mesmo aí, é o abuso mais do que a posição dominante que está em foco.²³⁰ Porém, mesmo se a lei antitruste norte-americana fosse alterada para focar mais diretamente o poder de mercado (o que seria uma mudança radical), ela ainda sim seria uma ferramenta imprecisa e não totalmente eficaz. É difícil provar as violações antitruste e, no caso de pessoas jurídicas de grande porte, isso pode levar anos de litúgio. Além disso, as Cortes tipicamente afastam-se do remédio da cisão das empresas, porque elas temem lesar a pessoa jurídica na esfera econômica, onde os benefícios de sua existência são mais claramente sentidos.²³¹

Finalmente, deve ser enfatizado que restringir o poder das pessoas jurídicas não pode ser feito por meio de uma reforma na governança corporativa. Pode ser possível colocar limites sobre o poder de administração da pessoa jurídica em face de seus sócios, embora uma vez mais o poder de administração torne isso muito difícil (como demonstrado pelo crescimento e queda do mercado para o controle corporativo).²³² Mas mesmo se a administração operasse perfeitamente no interesse dos sócios, ela ainda poderia, na minha perspectiva, exercer excessivo poder

²²⁸ Cf., e.g., Tillman Act, ch. 420, 34 Stat. 864 (1907).

²²⁹ Cf. Philip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases* 26, pp. 828-29 (5ª ed. 1997) (discutindo *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962)).

²³⁰ 2 Hawke, nota *supra* 212, p. 827.

²³¹ Cf., e.g., *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 46-47 (D.C. Cir. 2001) (*per curiam*) (revertendo a maior parte do julgamento Distrital que determina a cisão).

²³² Cf., e.g., *Paramount Communications v. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140, 1155 (Del. 1989) (rejeitando a ação de acionistas contra a oferta da Time).

sobre o resto da sociedade. É aquele poder que o imposto das pessoas jurídicas busca restringir. Por definição, a reforma da governança corporativa não pode impedir a administração quando ela exerce o poder de maneira benéfica aos sócios.²³³

Por fim, o problema do poder da pessoa jurídica somente pode ser direcionado por meio de direta regulação do tipo de atividades que nós queremos que as pessoas jurídicas exerçam, nomeadamente a produção e distribuição de bens e serviços. Algumas dessas atividades podem ter externalidades negativas, que são melhor reguladas, por exemplo, pelo trabalho, segurança, ou leis ambientais. Mas estas leis ainda não farão nada para limitar o poder das pessoas jurídicas que é exercido pela produção e distribuição de bens e serviços em um ambiente seguro. Dado que nós não queremos que o governo diga diretamente como as pessoas jurídicas devem ser administradas para executar seus negócios (esta idéia foi testada e falhou nas economias soviéticas), somente a lei tributária pode alcançar diretamente estes tipos de atividades, as quais são fonte de acumulação das pessoas jurídicas.

E. Justificativa regulatória para o imposto das pessoas jurídicas

Meu argumento básico é que o imposto das pessoas jurídicas é justificado como um meio de controlar a excessiva acumulação de poder nas mãos da administração das empresas,²³⁴ que é inconsistente com o apropriado funcionamento da política liberal democrática.²³⁵ Como discorri acima, esta foi também a principal razão pela qual o imposto das pessoas jurídicas foi criado em 1909,²³⁶ e eu acredito ser também o principal motivo de ele não ser eliminado. Entende-se que as pes-

²³³ Oliver Hart, por exemplo, argumentou que o débito da companhia pode ser usado para disciplinar fusões: pessoas jurídicas usam muitas dívidas a fim de que administradores não gastem extraneamente o dinheiro dos acionistas, e que o imposto sobre a pessoa jurídica seja utilizado com essa função (cf. *Firms, Contracts, and Financial Structure* 95-120 (1995)); cf. também Joseph E. Stiglitz, *Taxation, Corporate Financial Policy, and the Cost of Capital*, 2 J. Pub. Econ 1, pp. 4-5 (1973) (notando que pessoas jurídicas podem evitar tributos por meio de débitos). Enquanto o débito pode ajudar a restringir o poder de administração em face dos acionistas, e em alguma extensão em face da sociedade também (e esta é uma boa razão para permitir que as companhias deduzam juros), o débito não pode limitar o poder de administração do patrimônio ou sobre os ganhos acumulados. Como notado abaixo, a partir dessa perspectiva pode ser aceitável que as pessoas jurídicas deduzam dividendos.

²³⁴ A idéia do imposto como uma ferramenta regulatória está presente em MAYER, nota *supra* 208, p. 583, e surgiu mas foi rejeitada por MUSGRAVE & MUSGRAVE, nota *supra* 45, pp. 374-75. Exceto por uma breve menção em WALZER, nota *supra* 220, pp. 121-23, eu não encontrei isso alhures.

²³⁵ Cf. WALZER, nota *supra* 220, pp. 121-23; HERZOG, nota *supra* 222, pp. 169-70. Dessa perspectiva, a "incidência" do imposto sobre a pessoa jurídica dá-se sobre a gestão, uma vez que seu poder que é diminuído por ela. Esta é uma questão separada do intrincado problema de quem sustenta o ônus da tributação no sentido de que seus próprios recursos são diminuídos por ela. É importante notar, contudo, que se alguém pudesse demonstrar que a incidência do imposto sobre a pessoa jurídica é na verdade transferido para consumidores ou trabalho, então presumidamente a administração não se preocuparia que o imposto fosse cobrado, uma vez que ele na verdade não diminuiria os recursos que ela controla. Isso eliminaria a razão regulatória do imposto. Mas em quarenta anos de pesquisa a respeito da incidência, os economistas têm falhado em demonstrar que o imposto pode repercutir ao longo da cadeia. Cf. a literatura a respeito da incidência, nota *supra* 34. E a administração corporativa certamente parece preocupar-se bastante com o imposto incidente sobre a pessoa jurídica para se engajar em significantes planejamentos tributários que o evitem o quanto possível. Cf., por exemplo, a literatura sobre planejamento tributário, nota *supra* 16. Cf. *supra* seção II.B.

soas jurídicas são poderosas e que o imposto das pessoas jurídicas é uma forma pela qual o Estado, como representante do povo, pode limitar seu poder.²³⁷

Este argumento ganha ressonância hoje com o crescimento de MNEs. Como muitos doutrinadores apontaram, o crescimento de MNEs tem significativamente diminuído o poder regulatório do Estado, uma vez que elas, por definição, operam em várias jurisdições e podem trocar uma por outra.²³⁸ A tributação é um veículo de regulação e uma área na qual a jurisdição extraterritorial é bem estabelecida no Direito internacional.²³⁹ Portanto, ela oferece uma promissora via para regular as MNEs.²⁴⁰

Também deveria ser notado que esta racionalidade tributária aplica-se mais ou menos precisamente para o atual escopo do imposto que nós temos hoje - isto é, um imposto devido principalmente sobre pessoas jurídicas com ações negociadas na bolsa, porque são somente elas que exibem a separação entre propriedade e controle.²⁴¹ Este argumento pode também explicar porque nós tributamos o patrimônio (*corporate equity*) mas não os empréstimos, visto que os empréstimos limitam o poder de gestão de maneira que o aumento de patrimônio de uma pessoa jurídica não (como foi descoberto e bastante difundido nos anos 80).²⁴²

²³⁷ Um interessante corolário dessa visão é que o imposto das pessoas jurídicas deveria ser aplicado sobre pessoas jurídicas sem intuito lucrativo (as quais não têm acionistas), uma vez que sua administração tem tanto poder quanto a administração de entidades com escopo lucrativo. Mas eu aceito que a corrente principal segundo a qual elas não poderiam ser tributadas porque elas desenvolvem funções não lucrativas que de outro modo incumbiriam ao Estado. Cf., e.g., Henry B. Hansmann, *The Role of Nonprofit Enterprise*, 89 *Yale L.J.* 835, pp. 836-37 (1980). É interessante olhar porque sua administração escolhe não ajudar a resolver os problemas estatais e, assim, criam mais trabalho para o Estado. Isso requer a consideração do debate a respeito da responsabilidade social da pessoa jurídica, o que é um tópico para outro dia.

²³⁸ Cf. geralmente Philip I. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law* (1993) (discutindo a interação de jurisdições em relação a MNEs); Raymond Vernon, *In the Hurricane's Eye: the Troubled Prospects of Multinational Enterprises* (1998) (no mesmo sentido); Avi-Yonah, *National Regulation*, nota *supra* 207 (discutindo específicas áreas de conflito entre Estados com relação a MNEs).

²³⁹ Cf. por exemplo, I.R.C. §§ 951-960 (2000), para o tratamento fiscal de Controlled Foreign Corporations.

²⁴⁰ AVI-YONAH, *National Regulation*, nota *supra* 207, pp. 23-24. A tributação entra na coluna da direita e no meio dos elementos da matriz desenvolvida naquele artigo para distinguir as várias áreas de regulação estatal das MNEs. Isto é, é uma área na qual a extraterritorialidade é exigida e os países (mas não MNEs) concordam com seus princípios. *Ibidem*, p. 11.

²⁴¹ Isto é contrário à visão expressada por Schlunk, que argumenta "não haver justificativa para o esquema de dupla tributação dos Estados Unidos" (isto é, um imposto cobrado de quase a totalidade de capital acionário de pessoas jurídicas com ações negociadas na bolsa, com completa isenção dos dividendos quando distribuídos). SCHLUNK, nota *supra* 10, p. 332. A partir de uma perspectiva de poder, o imposto poderia ser limitado a pessoas jurídicas de grande porte, tal como as S&P 500, as quais são importantes para a base tributária. Uma isenção sobre os primeiros \$ 100 milhões seria aceitável, tal como eu defendo a isenção para os primeiros \$ 100.000 da renda individual, uma idéia advogada por Michael J. Graetz, *100 Million Unnecessary Returns: a Fresh Start for the U.S. Tax System*, 112 *Yale L.J.* 261, p. 282 (2002). Também poderia ser defendido que as pessoas jurídicas podem ser poderosas sem ser lucrativas. Isto pode ser verdade para um ano específico, mas para um longo período há uma relação entre tamanho, poder e lucratividade, uma vez que a pessoa jurídica não crescerá se não fosse lucrativa.

²⁴² Isto requer uma análise para descobrir o que é *equity* e o que é *debt*. Esta distinção é difícil de defender teoricamente, mas na prática pode acontecer: custos de transação dificultam a conversão de *equity* em *debt*, como a teoria financeira poderia prever. De outro modo, \$ 200 bilhões auferidos anualmente

F. Duas funções regulatórias do imposto das pessoas jurídicas

Como a tributação restringe e regula o poder de administração? Ela o faz de duas formas. Primeiro, por direta limitação do grau de acumulação de riqueza da pessoa jurídica (a "função limitadora"), e segundo, por meio da promoção de incentivos e desincentivos para atividades específicas (a "função regulatória"). Pelas razões explicadas abaixo, ambas as funções são necessárias e relacionadas entre si, da mesma forma que um freio e uma direção são necessárias para dirigir um carro.

Primeiro, a função limitadora: imagine inicialmente um imposto cobrado à alíquota de 100% sobre os lucros da pessoa jurídica. Tal imposto efetivamente eliminaria a razão de existir da pessoa jurídica. Ao longo do tempo, ele também eliminaria todas as fontes de poder das pessoas jurídicas, visto que as forçaria a usar seus recursos existentes para pagar empregados e políticos, e removeria qualquer incentivo para vender bens a consumidores. Fíndos estes recursos, a pessoa jurídica seria liquidada. Um imposto federal de 100% (assumindo que ele não poderia ser evitado) é, portanto, uma sentença de morte para a pessoa jurídica tal como o é uma ordem de liquidação imposta pelas Cortes estaduais sobre os *trusts*.²⁴³ O poder de tributar é, de fato, potencialmente o poder de destruir.

Mas um imposto de 100% é inconcebível. A tributação enfrenta um limite inerente que foi bem expressado por Holmes quando ele disse "o poder de tributar não é o poder de destruir enquanto esta Corte existir".²⁴⁴ A Constituição coloca limites para o poder de tributar, os quais já foram implicitamente reconhecidos em *Dartmouth College v. Woodward*: o setor público não pode usar a tributação para eliminar completamente o setor privado.²⁴⁵ Isto é ao mesmo tempo uma matéria constitucional (um imposto pode ser confiscatório se a alíquota exceder a qualquer razoável estimativa da contribuição estatal para a criação da riqueza privada)²⁴⁶ e uma matéria de praticabilidade - como no caso dos ricos, nós não queremos matar a galinha dos ovos de ouro por meio da tributação que crie grandes perdas para a economia em larga escala.²⁴⁷ O limite preciso de tributação desejável torna-se então a quintessência política de nosso tempo, a ser repensada a cada quatro anos na urna de votação.

Tendo em vista que não podemos tributar a 100%, qual é o efeito sobre o poder da pessoa jurídica de uma alíquota menor, tal como a corrente de 35%? Mesmo com uma histórica alíquota baixa,²⁴⁸ o imposto das pessoas jurídicas real-

mente pelo imposto das pessoas jurídicas teria desaparecido há muito tempo, como previsto por STIGLITZ, nota *supra* 233, p. 4.

²⁴³ Cf. *People v. N. River Sugar Ref. Co.*, 24 N.E. 834, 841 (N.Y. 1890); *State v. Standard Oil Co.*, 30 N.E. 279, 291 (Ohio 1892).

²⁴⁴ *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, 277 U.S. 218, 223 (1928) (Holmes, J., vencido).

²⁴⁵ Cf. *Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 638 (1819).

²⁴⁶ Cf. Liam Murphy & Thomas Nagel, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice* 135 (2002).

²⁴⁷ Harvey S. Rosen, *Public Finance* 282-301 (6ª ed. 2002). Deve-se notar, todavia, que na medida em que o imposto das pessoas jurídicas recaia sobre rendimentos, ele não é ineficiente a alíquotas muito altas. Há significativa literatura que sugere que as MNEs em particular auferem ganhos econômicos. Veja, por exemplo, Mihir A. Desai & James R. Hines, Jr., *Evaluating International Tax Reform*, 56 *Nat'l Tax J.* 487, 489 (2003), e fontes aí citadas.

²⁴⁸ O imposto sobre a renda das pessoas jurídicas era de 46% até recentemente (1986), e mais alto antes disso. Cf. FRIEDMAN, nota *supra* 14, p. 8.

mente diminui a acumulação de recursos, os quais são os fundamentos do poder de administração.²⁴⁹ Por exemplo, a imposição de um imposto à alíquota de 35% sobre os ativos investidos com retorno de 10% (composto anualmente) por dez anos resulta em aproximadamente 27% menos ativos disponíveis para a administração no fim do período do que seria se não houvesse imposto.²⁵⁰ Portanto, a tributação a alíquotas mais baixas pode significativamente restringir o acréscimo de ativos que formam a base do poder de administração, mesmo quando ela não o destrua.²⁵¹ Mas uma vez que o poder de administração continuará a existir e crescer a qualquer grau de razoável tributação, nós também precisamos do imposto para desempenhar sua função reguladora.

Segundo, a função reguladora: o uso administrativo dos ativos das pessoas jurídicas (isto é, o uso de seu poder) pode ser afetado pela ameaça de que a alíquota do imposto subirá se o Congresso perceber que os ativos não são usados para o aperfeiçoamento da sociedade. Isto pode ser visto pela imposição de alíquotas mais altas sobre certas formas de comportamento que o Congresso desaprovou, como subornos pagos a oficiais estrangeiros e participação em boicotes internacionais.²⁵² Em ambos os casos, a pesquisa empírica sugeriu que as penalidades fiscais têm um impacto significativo.²⁵³ Mais recentemente, a ameaça de aumento das alíquotas de impostos aplicáveis às pessoas jurídicas que alteravam seu local nominal de constituição (inversão) para as Bermudas parece ter sido suficiente para bloquear tal alteração e parar outras pessoas jurídicas de adotar a mesma estratégia.²⁵⁴ Isto é particularmente impactante já que a imposição de um imposto sobre os sócios de pessoas jurídicas que faziam essa mudança em 1994 não teve efeito no número dessas inversões;²⁵⁵ a administração não liga muito para o imposto sobre os sócios. Portanto, parece, exatamente como o senador Cummins predisse em 1909, a tributação ainda que seja feita a alíquotas bem menores do que 100% pode bastar para regular o poder de gestão.²⁵⁶ Mas as alíquotas não podem ser baixas demais (1%, como em 1909, não é suficiente), pois então a administração não se preocuparia o

²⁴⁹ Isto pressupõe que a administração não pode evitar o imposto, mesmo por meio de planejamentos tributários ou competição fiscal. Estes dois problemas são discutidos na parte IV *infra*. Neste caso, também se assume como pressuposto que o imposto de renda sobre as pessoas jurídicas normalmente não pode ser transferido. Cf. STIGLITZ, nota *supra* 233, pp. 4-5.

²⁵⁰ \$ 100 investidos a 10% por dez anos geram, anualmente, frutos de \$ 257 no final do ano dez na ausência de imposto e somente \$ 188 (27% menos) se os ganhos estiverem sujeitos a 35% de imposto. O ponto é, obviamente, a efetiva carga tributária. George Yin calculou que a efetiva carga tributária das S&P 500 é em média de 30%. YIN, *Effective Tax Rates*, nota *supra* 15, p. 1.798.

²⁵¹ Deve-se notar que o imposto sobre as pessoas jurídicas não limita o tamanho absoluto das pessoas jurídicas; ele não é significativamente progressivo e na verdade encoraja o crescimento por meio de fusões e aquisições isentas. Em vez disso, a função limitadora do imposto sobre a pessoa jurídica é uma forma para o governo controlar a taxa de crescimento das companhias, com o potencial também pará-la.

²⁵² I.R.C. §§ 162(c), 908 (2000).

²⁵³ James R. Hines, Jr., *Taxed Avoidance: American Participation in Unsanctioned International Boycotts* 24 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper nº 6116, 1997); James R. Hines, Jr., *Forbidden Payment: Foreign Bribery and American Business after 1977*, pp. 20-21 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper nº 5266, 1995).

²⁵⁴ Cf. AVI-YONAH, *Haven's Sake*, nota *supra* 20. Não há inversões desde Stanley. Cf. David Cay Johnston, *Musical Chairs on Tax Havens: Now It's Ireland*, N.Y. Times, Aug. 3, 2002, p. C2.

²⁵⁵ Cf. AVI-YONAH, *Haven's Sake*, nota *supra* 20, pp. 1.793-94.

²⁵⁶ 44 Cong. Rec. 4232 (1909) (pronunciamento do senador Cummins).

suficiente para evitar o imposto. É por isto que precisamos da função limitadora (isto é, estabelecer alíquotas suficientemente altas para que a administração as leve em consideração) para que a função regulatória funcione apropriadamente.

Finalmente, além de poder ser usado para prover desincentivos, o imposto pode também ser usado para fornecer incentivos.²⁵⁷ Por exemplo, são concedidos incentivos a pessoas jurídicas como modo de estimular a economia.²⁵⁸ Outro exemplo são as pesquisas e desenvolvimentos que, de acordo com economistas, produzem significantes externalidades positivas para a sociedade, as quais justificam a concessão de subsídios fiscais por parte do governo.²⁵⁹ Agora é obviamente verdadeiro que o governo poderia subsidiar estas funções diretamente, antes de usar de renúncia fiscal, de modo que isso não poderia ser estritamente um argumento para tributar as pessoas jurídicas. Isso poderia requerer, contudo, uma agência semelhante à IRS para monitorar o uso destes subsídios, para que qualquer vantagem de simplificação da abolição do imposto das pessoas jurídicas seja diminuída. Além disso, uma vez que o imposto das pessoas jurídicas está em jogo, parece ser um óbvio e conveniente veículo para distribuir os desejados subsídios a um pequeno custo adicional.

G. Resumo

O imposto das pessoas jurídicas é justificado como um modo para o Estado liberal democrático limitar a excessiva acumulação de poder nas mãos da administração das pessoas jurídicas, a qual é inconsistente com os ideais democrático e igualitário. Ele alcança esse objetivo de duas maneiras: pela direta limitação da taxa de acumulação de riqueza das pessoas jurídicas e pela regulação do uso dos ativos das pessoas jurídicas e canalizando-os em direções julgadas benéficas para a sociedade como um todo. Nenhuma dessas funções pode ser efetivamente atingida em uma economia capitalista por meios outros além do imposto das pessoas jurídicas exigido à alíquota significante. O imposto das pessoas jurídicas pode então ser visto como uma parte essencial do Estado liberal democrático, uma alternativa ao comando socialista e controle econômico. Na última parte, eu discuto algumas implicações práticas que seguem essa linha de raciocínio.

IV. Algumas Implicações de Cunho Político

A primeira e mais óbvia conclusão prática do que foi visto acima é negativa: o imposto das pessoas jurídicas não deve ser extinto.²⁶⁰ Essa conclusão parece es-

²⁵⁷ Esta função é controversa. Cf., e.g., Boris I. Bitker, A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform, 80 Harv. L. Rev. 925 (1967) (discutindo a ideia de aproveitar as despesas tributárias como uma forma de evitar a utilização da base tributária ideal); R. A. Musgrave, In Defense of an Income Concept, 81 Harv. L. Rev. 44 (1968) (mesmo); David A. Weisbach & Jacob Nussim, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 Yale L.J. (a ser publicado em 2004) (mesmo); Daniel Shaviro, *Rethinking Tax Expenditures* (2004) (manuscrito não publicado, arquivos da Virginia Law Review Association).

²⁵⁸ Cf. Ronald F. King, Money, Time & Politics: Investment Tax Subsidies and American Democracy 1-8 (1993).

²⁵⁹ James R. Hines, Jr., *International Taxation and Corporate R&D, in Borderline Case: International Tax Policy, Corporate Research and Development*, and Investment 39, 39 (James M. Poterba ed., 1997).

²⁶⁰ O mesmo se aplica ao imposto mínimo (*Alternative Minimum Tax*), em minha opinião. Cf. Reuven Avi-Yonah, *The case for Retaining the Corporate AMT*, 56, SMU L. Rev. 333 (2003).

tranha atualmente, mas é importante enfatizá-la porque, nos ciclos acadêmicos e políticos, a maioria se opõe ao imposto das pessoas jurídicas.

Há três áreas nas quais se podem verificar conclusões políticas mais específicas em relação ao que foi discutido até agora. As duas primeiras mais significativas ameaças ao imposto das pessoas jurídicas - planejamentos tributários e competição fiscal - e a outra é a atual reforma tributária para integrar o imposto das pessoas jurídicas com a tributação dos sócios (dividendos).²⁶¹

A. Planejamento tributários

Desde meados da década de 90, o imposto das pessoas jurídicas norte-americanas tem sofrido ataques pelo crescimento de planejamentos tributários para evitá-lo. Na essência, eles são desenvolvidos por pessoas (na maioria firmas contábeis e bancos de investimento) que procuram na legislação possibilidades de planejamentos e as vende para uma lista, cada vez maior, de pessoas jurídicas. Há dez anos, era incomum encontrar departamentos tributários das importantes pessoas jurídicas comprando esses planejamentos. Atualmente, os departamentos tributários são vistos como um centro de lucratividade, sendo muito raro encontrar grandes corporações que não os utilizem. Como o professor John Braithwaite apontou, este fenômeno é movido por oferta e demanda.²⁶²

Várias propostas têm sido efetivadas para evitar tais práticas e a *IRS* tem publicado várias regras.²⁶³ As Cortes (especialmente as Cortes de apelação com pouca expertise em Direito Tributário), no entanto, tendem a manter os planejamentos tributários.²⁶⁴ Portanto, parece que deve haver ações mais drásticas para enfrentar o problema. O professor George Yin tem proposto como solução a elaboração de demonstrações tributárias mais em conformidade com as demonstrações financeiras.²⁶⁵ Eu acompanho essa idéia porque assim se chegará ao exato preço (na forma de pagamentos tributários mais elevados) para administradores que manipulam as demonstrações financeiras, e se a administração escolher utilizar planejamentos tributários, isso poderá resultar em ganhos reduzidos por ações (*Earnings Per Shares - EPS*). Uma vez que a gestão tende a ter mais atenção com os *EPS* de

²⁶¹ Cf., e.g., BANKMAN, nota *supra* 16, pp. 1.776-80 (descrição das características dos modernos planejamentos tributários); Peter C. Canellos, A Tax Practitioner's Perspective on Substance, Form and Business Purpose in Structuring Business Transactions in Tax Shelters, 54 SMU L. Rev. 47, 47 (2001) ("Planejamentos tributários proliferam em tipos e números e seus termos estão ficando cada vez mais audaciosos"); Daniel N. Shaviro, Economic Substance, Corporate Tax Shelters, and the *Compaq* Case, 88 Tax Notes 221, 223-24 (2000); David A. Weisbach, Ten Truths About Tax Shelters, 55 Tax L. Cf. 215, pp. 226 (2002); George K. Yin, The Problem of Corporate Tax Shelters: Uncertain Dimensions, *Unwise Approaches*, 55 Tax L. Rev. 405, 405 (2002) (note-se que o Departamento do Tesouro tem descrito os planejamentos tributários como uma proliferação que deve ser urgentemente combatida para evitar seu crescimento). YIN, Tax Shelters, nota *supra* 16, p. 209 (note-se que "respeitáveis pessoas de dentro e fora do governo parecem convencidas" que planejamentos tributários são um problema).

²⁶² John Braithwaite, Helter Shelter: Marketing Local and Global Aggressive Tax Planning (a ser publicado em 2004) (manuscrito 2, arquivo da *Virginia Law Review Association*).

²⁶³ Cf., e.g., I.R.C. para 6111 (2000) (requerimento para registro dos planejamentos tributários).

²⁶⁴ Cf., e.g., *Compaq Computer Corp. v. Comm'r*, 277 F.3d 778, pp. 781-83 (5th Cir 2001); *United Parcel Serv. V. Comm'r*, 254 F.3d 1014, pp. 1.018-20 (11th Cir 2001).

²⁶⁵ Cf. YIN, Tax Shelters, nota *supra* 16, p. 230.

curto prazo do que com os tributos,²⁶⁶ essa regra (a qual é parecida com as regras adotadas por outros países, tais como Japão e Alemanha) é provável de ser mais efetiva no combate aos planejamentos tributários do que das manipulações financeiras, embora isso traga alguns problemas em termos de restringir a flexibilidade do legislador tributário e contábil.

De qualquer forma, qualquer que seja a solução adotada para o problema do planejamento tributário, o importante ponto decorrente deste artigo é que com certeza ele é um problema - que do ponto de vista normativo não é bom deixar os administradores eliminarem o imposto das pessoas jurídicas com tais medidas. Esse ponto é pouco discutido na literatura sobre planejamento tributário, mas ele é essencial.

B. Competição fiscal

O outro principal desafio do imposto das pessoas jurídicas é a competição fiscal envolvendo as multinacionais. Atualmente, algumas das maiores multinacionais norte-americanas (por exemplo, a Intel) não pagam tributos para jurisdições que não os Estados Unidos porque todas as suas operações estrangeiras são beneficiadas por regimes especiais de tributação para atrair investimentos.²⁶⁷ As multinacionais podem com certeza obter reduções tributárias porque elas podem fazer um leilão entre os vários países que oferecem localizações adequadas para investimentos não tributados. Mais recentemente, nós temos visto a competição fiscal em relação à localização das sedes das pessoas jurídicas, com várias multinacionais norte-americanas mudando nominalmente o local de constituição para paraísos fiscais como as Bermudas.²⁶⁸

A OCDE e a União Européia têm lançado projetos para evitar as competições fiscais prejudiciais, mas até agora elas tiveram sucesso bem limitado.²⁶⁹ Na literatura acadêmica, no meio tempo, há um intenso debate entre aqueles que acreditam que a competição fiscal é prejudicial e aqueles que acreditam que ela é benéfica tanto de uma perspectiva mundial, como da perspectiva dos países envolvidos.²⁷⁰ Opositores têm sugerido vários caminhos para combater a competição fiscal, a maioria dos quais envolve alguma forma de cooperação entre os países desenvolvidos (por exemplo, a tributação das multinacionais baseada em onde as sedes estão ou baseada em onde os bens são vendidos).²⁷¹

Há, entretanto, um importante elemento faltante na literatura - mesmo aqueles contrários à competição fiscal (incluindo eu mesmo) não tiveram sucesso em

²⁶⁶ Cf., por exemplo, Barton Massey, Banking Association ASKS to Preserve Pooling Method, 86, Tax Notes 1125, 1125 (2000); Joseph McNamara, Despite Criticism, FASB won't Alter Plans to Eliminate Pooling, 86 Tax Notes 1259, 1259-60 (2000); Joseph McNamara, FASB Eliminates Pooling of Interests, 90 Tax Notes 802, 802 (2001).

²⁶⁷ AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, p. 1.529.

²⁶⁸ AVI-YONAH, Haven's Sake, nota *supra* 20, p. 1.794.

²⁶⁹ AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, p. 1.670.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 1.603-10; ROJIN, nota *supra* 18, pp. 603-04.

²⁷¹ AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 13, pp. 16.770-71. O aparecimento das inversões traz algumas dúvidas sobre a tributação tendo em vista somente onde a pessoa jurídica mãe foi constituída. Cf. AVI-YONAH, Haven's Sake, nota *supra* 20, pp. 1.796-97.

explicar por que a ameaça da competição fiscal ao imposto das pessoas jurídicas deve ser vista negativamente. O melhor que poderíamos fazer é apontar a ameaça desta competição para o Estado do bem-estar social.²⁷² Porém, isso só leva ao efeito reflexo de que os leviatãs do bem-estar social estão tentando criar um cartel para salvá-los da competição eficiente, à custa das pequenas jurisdições caribenhas.²⁷³

Este artigo, eu acredito, fornece o pedaço faltante no armamento dos oponentes da competição fiscal, pois aponta as consequências negativas da abolição do imposto das pessoas jurídicas, além do prejuízo causado para os cofres dos países desenvolvidos. Se as administrações puderem evitar a regulação pela tributação simplesmente investindo no exterior, a eficácia dos impostos como mecanismo regulatório é eliminada.

C. Integração

No início de 2003, o Presidente Bush propôs integrar o imposto das pessoas jurídicas e o imposto dos sócios isentando-os da tributação sobre os dividendos, uma vez que os dividendos seriam pagos dos ganhos das pessoas jurídicas já tributados.²⁷⁴ No final, o Congresso não adotou a integração total, mas, em vez disso, optou por reduzir a alíquota sobre os dividendos de 35% para 15% (a mesma alíquota se aplicando aos ganhos de capital).²⁷⁵ Importante frisar que essa alíquota menor sobre os dividendos se aplica independentemente de o imposto das pessoas jurídicas ter sido pago.²⁷⁶

Assim, pela primeira vez desde 1936, os Estados Unidos passaram a ter uma integração parcial no sistema da tributação das pessoas jurídicas. Ainda, se o imposto das pessoas jurídicas pode ser eliminado por planejamentos tributários ou pelo aproveitamento da competição fiscal, agora é possível um investimento ser tributado a uma alíquota total de 15% - muito menor do que investimentos outros que não aqueles feitos por pessoas jurídicas (*non-corporate investment*).²⁷⁷

Esse resultado é evidentemente inconsistente com as razões estatuídas para adotar a integração, a qual lida com a tributação das pessoas jurídicas uma vez.²⁷⁸ Mas mesmo o aspecto econômico da proposta original de Bush, a qual não visava a uma "superintegração", era discutível.²⁷⁹ Em particular, integração traz problemas econômicos em relação às situações que envolvem investimentos estrangeiros, os quais não podem ser considerados menos significantes do que os desequilíbrios internos que ele procura corrigir.

Da perspectiva deste artigo, o ponto importante é que a razão de o imposto da pessoa jurídica existir é independente da existência do imposto sobre os sócios. A existência do imposto das pessoas jurídicas é consistente com a idéia de regular

a gestão, bem como tributação sobre os dividendos dos sócios.²⁸⁰ O imposto sobre os dividendos tem a ver com o imposto de renda sobre os indivíduos (mais do que, por exemplo, o *Value-Added Tax*). Eu tenho defendido em todo lugar que essa razão foi restringir o poder dos mais ricos.²⁸¹

Deve ser notado que as razões mencionadas acima para manter o imposto das pessoas jurídicas não requerem necessariamente que nós abramos mão da integração. Conquanto o imposto das pessoas jurídicas continue existindo, é bem possível vel isentar sócios da tributação de dividendos ou garantir um crédito por razões econômicas sem causar qualquer prejuízo às razões da existência do imposto das pessoas jurídicas. Na verdade, sócios foram parcialmente isentos da tributação dos dividendos de 1913 até 1936, quando as razões regulatórias da tributação foram bem entendidas.²⁸² Assim, apesar de esse artigo dar uma resposta do porquê devemos tributar pessoas jurídicas, o que a maioria discorda ao citar a integração, entendendo que não se deve afastar a integração se houver razões econômicas para adotá-la.

Conclusões

O presente artigo propôs o primeiro estudo completo em favor da existência do atual imposto de renda das pessoas jurídicas. É sustentado que as razões normalmente dadas para a sua existência (principalmente como um meio indireto de tributar os sócios, ou, alternativamente, um meio de tributar o benefício de atuar na forma de pessoa jurídica) são inadequadas. Posteriormente, é explicado quais eram as justificativas originais para criação do imposto das pessoas jurídicas em 1909, notadamente a regulação do poder da administração. Essa justificativa é oriunda da visão "real" da pessoa jurídica, a qual foi a visão dominante ao longo das várias transformações que as formas das pessoas jurídicas tiveram, desde os tempos romanos até hoje. Voltando para o argumento normativo, o artigo sustenta que a justificativa regulatória de 1909 ainda é válida, uma vez que as condições sociais daquela época são similares às atuais, sendo, na verdade, ainda mais convincentes hoje, tendo em vista o aparecimento das empresas multinacionais. Finalmente, o artigo sustenta que é necessário ter em mente esta justificativa para, do ponto de vista normativo, dar suporte à briga contra as duas ameaças atuais ao imposto das pessoas jurídicas, quais sejam, os fenômenos do planejamento tributário e da competição fiscal.

No fim, entretanto, deve ser enfatizada que a função da tributação é limitada. Como as duas citações no início já ilustraram, o Estado tem enorme poder para tributar, mas sua habilidade de usá-lo é limitada pelo medo de destruir ou de prejudicar instituições que são essenciais ao bem estar dos cidadãos. O imposto das pessoas jurídicas é uma importante ferramenta regulatória e um importante elemento para gerenciar a delicada balança formada entre pessoas jurídicas, socieda-

²⁷² AVI-YONAH, Globalization, nota *supra* 12, pp. 1.632-39.

²⁷³ Cf., e.g., Daniel J. Mitchell, OCED Tax Competition Proposal: Higher Taxes and Less Privacy, 89 Tax Notes, 801, 802 (2000).

²⁷⁴ US Treasury Dept't, nota *supra* 7.

²⁷⁵ I.R.C. § 1 (h) (11) (2000).

²⁷⁶ *Idem*.

²⁷⁷ Cf. AVI-YONAH, Pufalls, nota *supra* 31, p. 1.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 2.

²⁷⁹ Cf. *Idem*.

²⁸⁰ Cf. Herwig J. Schlunk, How I Learned to Stop Worrying and Love Double Taxation, 79 Notre Dame L. Rev. 127 (2003) (sustentando a favor da dupla tributação sobre os benefícios).

²⁸¹ AVI-YONAH, Progressive Taxation, nota *supra* 213, p. 1.412.

²⁸² Mesmo o terceiro método de integração, dedução dos dividendos, o qual é raramente adotado na prática, é consistente com as razões acima, uma vez que o imposto das pessoas jurídicas é reduzido somente se a administração abrir mão de seu poder por meio da distribuição dos ativos.

de e Estado. Mas tendo em vista que qualquer tributação é de alguma forma danosa (no sentido de criar perdas de bem estar social), a tributação não pode ser o único mecanismo de solução de problemas sociais. Finalmente, isso cabe a nós, eleitores, políticos e administradores de pessoas jurídicas - encontrar o ponto de equilíbrio dessa balança.

Revisitando a (In)sensatez do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*

Yariv Brauner**

Professor Associado de Direito da Universidade da Flórida, Levin College of Law.

Resumo

O autor defende a eliminação do imposto de renda das pessoas jurídicas, tendo em vista os seus efeitos indesejáveis e os seus custos para a sociedade. Nesse sentido, analisa os mais recentes e principais argumentos utilizados para defender o imposto de renda das pessoas jurídicas, como aqueles referentes aos seus efeitos quanto à governança corporativa e à justiça, apontando as suas falhas e incoerências. Por fim, o autor apresenta uma breve proposta de revogação de tal imposto.

Abstract

The author defends the corporate income tax repeal, considering its undesirable effects and costs to society. In this sense, he analyses the most recent and main arguments used to support the corporate income tax, as those related to its effects on corporate governance and fairness, pointing out their inconsistencies. Finally, the author presents a short proposal for the tax repeal.

I. Introdução

Nosso imposto de renda das pessoas jurídicas é um típico "penetra": ninguém sabe porque ele (ainda) está aqui, mas a maioria simplesmente aceita sua presença. Esse penetra também veio para ficar. Na verdade, ele está conosco por tanto tempo quanto o nosso sistema de tributação da renda, e precede o atual imposto de renda das pessoas físicas¹. Não que ele não tenha sido percebido - muitos o criticaram e mencionaram sua inconveniência², mas ultimamente parece que tal opo-

* Traduzido por Gustavo Gonçalves Vettori e Natalie Matos Silva.

** Eu agradeço a Reuven Avi-Yonah, James Bamberg, Adam Chodorow, Michael Friel, Marjorie Kornhauser, Paul McDaniel, Martin McMahon, e Gregg Polsky por seus úteis comentários. Todos os erros e imprecisões são meus.

¹ Payne-Aldrich Tariff Act, de 1909, Ch. 6, § 28, 36 Stat. 92 (revogado em 1913). O imposto foi validado em *flint v. Stone Tracy Co.*, 220 U.S. 107 (1911). A ratificação da Décima Sexta Emenda e o imposto de renda das pessoas físicas seguiram em 1913. Ver também Boris I. Bitker & James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders* ¶ 1.01 (7ª ed., 2000).

² A discussão sobre os aspectos da dupla tributação do imposto de renda das pessoas jurídicas é antiga. Ver, e.g., Roswell Magill, *The Impact of Federal Taxes* (1943), pp. 26-28 (percebendo que o aspecto da dupla tributação não era parte da concepção original do imposto e de sua criação, Magill defende a eliminação da dupla tributação, independentemente da perda de receita tributária que ela importe). Para trabalhos mais contemporâneos dignos de nota, ver, e.g., Charles E. McClure, Jr., *Must Corporate Income be Taxed Twice?* (1979); Office of Tax Policy, U.S. Treasury, Report of the Department of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once (1992); Joint Committee on Taxation, U.S. Congress, Background Materials