

IRPJ E CSLL: EFEITOS DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO CAPITAL SOCIAL COM BASE EM PRECISO CONTRATUAL OU DELIBERAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL

Edmar Oliveira Andrade Filho

1. Questões em debate: a inflação com fato social

Pretendo, neste estudo, discutir as questões jurídicas fundamentais em tomo da validade da correção monetária do valor do capital social com base em deliberação de sócios ou acionistas de sociedades, que são pessoas jurídicas contribuintes do IRPJ e da CSLL calculados com base no lucro real.¹

O fio condutor das discussões é a existência de inflação² e alguns dos seus efeitos no resultado das empresas tributadas com base no lucro real, cujas idéias mestras já expus em outro lugar.³

A inflação, fenômeno que as ciências econômicas descrevem - em apertada síntese - como um aumento geral de preços no mercado, é fato social que não pode ser ignorado pelo direito positivo, posto que, consoante adverte Caio Tácito, “a ordem jurídica não

-
1. Adianto que as premissas e as conclusões que serão aqui expostas podem ser, *mutatis mutandis*, estendidas para o campo das contribuições sociais incidentes sobre a receita. De fato, considero ser legítima a exigência de tributo sobre correção monetária e variação cambial quando elas representam atualização de receita ou lucro efetivo, como é o caso, por exemplo, da correção monetária incidente sobre o preço de um produto vendido que deveria ter o mesmo tratamento atribuído à receita de venda.
 2. Não me interessa discutir, aqui, a eventual responsabilidade estatal pelo fenômeno da inflação. Remeto o leitor para: TILBERY, Henry. Inflação e tributação. In: *Direito tributário: estudos em homenagem ao professor Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 455; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ajustes por perdas inflacionárias e cambiais e o seu tratamento perante o imposto sobre a renda. In: *V Colóquio internacional de direito tributário*. São Paulo: IOB, 2003. p. 157.
 3. *Imposto de renda das empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 256. Na mesma obra discorri sobre a correção monetária dos prejuízos fiscais (p. 359), matéria que não foi considerada neste estudo, mas que tem afinidade estrutural e teleológica com as premissas e conclusões aqui expostas.

pode ser indiferente aos pressupostos econômicos que lhe servem de alicerce”.⁴ De igual modo, são ainda atuais as lições de Amílcar de Araújo Falcão, proferidas em 1967, segundo o qual “à ordem jurídica não é possível ficar indiferente diante do fenômeno da depreciação da moeda”, posto que ela constitui, para aquele douto jurista, um dos instrumentos básicos “para a definição de inúmeros dos seus institutos e para a formulação da maior parte das soluções jurídicas que consagra”.⁵

Portanto, os efeitos da inflação sobre a vida econômica das pessoas em geral não podem ser desprezados sem justa causa.⁶ Um dos mecanismos de consideração do fenômeno inflacionário é a correção monetária. Ainda de acordo com Amílcar de Araújo Falcão, ela “é a técnica pelo direito consagrada de traduzirem-se em termos de idêntico poder aquisitivo quantias e valores que, fixados *pro tempore*, se apresentam expressos em moeda sujeita a depreciação”.⁷

A ordem jurídica positiva volta suas costas para o fato social que é a inflação quando não dispõe de regras que permitam reduzir as probabilidades de decisões que levam a injustiças. Se numa determinada comunidade há inflação, a falta de mecanismos de correção ou acomodação de seus efeitos levam a uma lacuna axiológica⁸, que pode implicar decisões injustas ou não equitativas.⁹ Por tal razão, é atual a advertência de Caio Tácito, no sentido de que “o reajustamento da expressão nominal de obrigações pecuniárias, de modo a conservar o seu valor intrínseco diante da deterioração da moeda, repousa em princípios gerais de direito respeitáveis, de fundo equitativo: o da ilegitimidade do enriquecimento sem causa

4. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 320.

5. A inflação e suas conseqüências para a ordem jurídica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1jul.-set. 1967, p. 54-63.

6. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 165.

7. *Op. cit.*, p. 54-63.

8. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 63.

9. CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa. *Obrigações de pagamento em dinheiro*. Rio de Janeiro: EJU, 1971. p. 81-8.

do credor e o da irresponsabilidade pela álea econômica extraordinária, insuportável pelo devedor”.¹⁰

O potencial lesivo¹¹ da falta de mecanismos de atualização monetária, diante de um quadro de notória inflação, é tanto maior quando a ordem jurídica está assentada em uma desigualdade estrutural, que se forma quando ela nega tutela jurídica para certas situações em que o fenômeno atua, mas, ao mesmo tempo, permite a adoção de mecanismos de estabilização em certas áreas da vida social e econômica, ou seja, quando existem condições jurídicas para que apenas parte dos *players* do jogo social e econômico acautelem-se contra os nefastos efeitos da desvalorização da moeda.¹²

No campo tributário, esta lacuna pode subverter ou destruir a distribuição de competências encartada na Constituição Federal¹³ e malferir o princípio da capacidade contributiva. A lesão¹⁴ que a ausência de condições jurídicas que permitam aos sujeitos passivos proteger-se dos efeitos da inflação torna-se candente se considerarmos que o Poder Público conta com leis que garantem a realidade valorativa do crédito tributário por via de juros que embutem expectativas inflacionárias.¹⁵

10. *Op. cit.*, p. 320.

11. Em situações extremas, a lacuna pode levar a situações em que o ordenamento passa a tutelar o enriquecimento sem causa que deveria combater. A respeito: PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: VB, 1975. p. 31. Acerca da equidade como fundamento moral da necessidade de repressão ao enriquecimento ilícito, vide: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 531; e RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 245.

12. Exemplo são as regras que dispõem acerca da correção monetária nos contratos entre particulares e nos contratos de concessão de serviços públicos.

13. DERZI, Misabel. *Os conceitos de renda e patrimônio: efeitos da correção monetária insuficiente no imposto de renda*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1992. p. 19.

14. A idéia de lesão, nas relações jurídicas, estará presente quando as bases contratuais ou legais não estiverem baseadas na equivalência das prestações ou das condições jurídicas existentes em determinada época e comunidade. A respeito: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 190.

15. ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 137.

2. As distorções da falta de correção monetária do capital

No ordenamento jurídico vigente, não há regra a determinar o reconhecimento dos efeitos da inflação sobre o patrimônio das sociedades, a exemplo do que ocorria quando do advento da Lei nº 6.404/76, que, no art. 185, prescrevia uma sistemática de correção monetária dos valores constantes do patrimônio líquido (capital, lucros e reservas) e do Ativo Permanente; a lei tributária - o Decreto Lei nº 1.598/77, especialmente - estabeleceu as condições de aplicação prática da sistemática de correção monetária do balanço e prescreveu os efeitos tributários para fins de determinação do lucro real. O objetivo das normas sobre correção monetária do balanço era permitir que a contabilidade capturasse os efeitos da inflação sobre o patrimônio social de uma forma mais abrangente.

A cada ano, o efeito era medido e computado como perda ou ganho em rubrica específica do resultado do exercício, e os valores constantes do balanço eram atualizados. O sistema de normas então vigentes não determinava a correção integral dos elementos do Ativo e do Passivo, posto que se limitava a determinar a atualização dos valores permanentes, na suposição de que os valores circulantes (os débitos e direitos, inclusive estoques) corrigiam-se por si mesmos porque eram liquidados em curto período de tempo e, no mais das vezes, protegidos por cláusulas de estabilização monetária.

As normas sobre correção monetária, que tinham importância na determinação do montante dos tributos incidentes sobre os resultados das empresas, foram revogadas pela Lei nº 9.249/95.

A falta de regras sobre correção monetária do balanço acaba por gerar distorções nos resultados tributáveis, o que se pode comprovar a partir de um simples exemplo.

Tomemos o caso de um investidor que subscreve capital de uma sociedade no valor de R\$ 100.000,00, e que o dinheiro recebido tenha sido depositado em uma conta remunerada que rendeu o mesmo que a inflação do período, fixada em 10%. Ao cabo do período considerado, a sociedade apurará um “lucro” de R\$ 10.000,00, que não corresponde a um incremento do valor do capital investido; ele

deriva, unicamente, da atualização do valor da moeda. No entanto, segundo as regras hoje vigentes, esse contribuinte deveria recolher IRPJ e CSLL sobre esse lucro, que não é real; é apenas nominal.¹⁶ Se ainda vigorassem as normas sobre correção monetária do balanço, o resultado apurado pela sociedade em questão seria igual zero, pois a correção monetária do capital social investido seria considerada uma perda inflacionária; ou seja, os efeitos da inflação seriam integralmente captados na origem e na aplicação dos recursos.

Todavia, se fosse possível (válida) a correção monetária do valor do capital social com base em dispositivo contratual ou assemblear, o resultado daquela hipotética sociedade seria igual a zero, pois, em contrapartida ao aumento do valor do capital social, seria contabilizada despesa no valor de R\$ 10.000,00. Por conseguinte, se esta correção monetária não puder ser registrada, continuará havendo tributação sobre renda apenas nominal.

No caso, há apenas aparência de lucro, que é mascarado pelo sistema de contabilidade que não consegue captar todos os efeitos da inflação sobre aquele patrimônio. Para haver tributação legítima-a advertência é de Cleber Giardino e Geraldo de Ataliba -, não basta a aparência, é necessário que “a potencialidade econômica seja efetiva, de maneira que os ganhos, para não serem falseados, devem ser demonstrados em termos monetários homogêneos (Moschetti)”.¹⁷

A ilegitimidade da tributação de uma renda fictícia, como a do nosso exemplo, foi denunciada por Pontes de Miranda nos seguintes termos:

A expressão “correção monetária” é elíptica. Não é a moeda que se corrige; é o valor da moeda. Mais precisamente: corrige-se o valor das dívidas ou das promessas em moeda, para que o valor, não corrigido, da moeda,

16. Deveria recolher, também, contribuições ao PIS e COFINS, salvo nos casos em que a lei não exige tais contribuições sobre as chamadas “receitas financeiras”.

17. Intributabilidade das correções monetárias: capacidade contributiva. Princípios tributários no direito brasileiro e comparado. In: *Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhoa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 174.

deixe de ser nocivo às relações jurídicas entre devedores ou promitentes e credores ou promissários.¹⁸

A renda supõe o acréscimo de valor em moeda, entre dois pontos de tempo, a determinado poder econômico, sem que se possa pensar em renda se o poder econômico apenas mudou de valor por ter-se degradado a moeda. Não importa qual seja a teoria dos economistas para conceituar renda (e.g. Georg Stranz, B. Puisting, R. M. Haig, G. Strutz). A depreciação da moeda não é fonte de renda: o *valor* verdadeiro persiste, em princípios, por isso se corrige o valor falsificado, digamos assim, da moeda.¹⁹

Correção do valor monetário absolutamente não aponta renda. Nada rendeu; foi a moeda que se desvalorizou. O Estado, para poder editar regras jurídicas sobre tributos, tem de partir da afirmação e da prova de que há suporte fático necessário e suficiente para cada uma das regras jurídicas. Onde não há terreno não se pode tributar com imposto predial. Onde não há ato jurídico não se pode exigir selo de instrumento. Onde não há venda ou consignação não se pode querer que se atenda a imposto de vendas e consignações. Onde não há renda não é concebível imposto de renda.²⁰

O tema foi debatido diversas vezes no STF. Cabe referir os votos dos Ministros Oswaldo Trigueiro, relator do RE nº 71.758²¹, e do Ministro Cunha Peixoto, do RE nº 89.791-7, ao analisarem o sentido e o alcance do art. 43 do CTN. Disse o primeiro:

Quaisquer que sejam as nuances doutrinárias sobre o conceito de renda, parece-me acima de toda dúvida razoável que, legalmente, a renda pressupõe ganho, lucro, receita, crédito, acréscimo patrimonial, ou, como diz o preceito transcrito, aquisição de disponibilidade econômica ou ju-

18. *Tratado de direito privado*, v. 50. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. p. 481.

19. *Idem*, p. 492-3.

20. *Idem*, p. 492.

21. Publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 66/150.

rídica. Concordo que a lei pode casuisticamente dizer o que é ou o que não é renda tributável. Mas não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis.

Para bem explicar a Constituição, o Poder Judiciário tem de fazer uso de noções precisas e claras, não sendo de admitir-se como legítimo que o Imposto de Renda recaia sobre o que, evidentemente, não é renda.

Dir-se-á que a lei pode alterar a definição de qualquer imposto, como pode, para fazê-lo, recorrer ao expediente das ficções jurídicas. No caso, porém, esse argumento não tem préstimo, porque estamos diante de um conceito da Constituição, explicitado pelo Código Tributário Nacional.

Por sua vez, o douto Ministro Cunha Peixoto deixou assentado que:

Na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas unem-se em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo de patrimônio.

Ora, a correção monetária, realmente, não constitui rendimento, porque lhe faltam elementos constitutivos deste, principalmente a reprodutividade. A renda destaca-se da fonte sem empobrecê-la.

Tal não ocorre na correção monetária, onde o capital continua o mesmo; apenas é atualizado para o valor do dia do pagamento. Sem ela, haveria uma diminuição do capital. Procura-se, com a correção monetária, apenas dar ao capital o mesmo valor que tinha quando do negócio. Nada se lhe acrescenta; portanto, nenhuma renda há.

A correção, portanto, não é renda, mas simples restauração do valor primitivo do capital. Trata-se de mera alteração nominal, e não real. Mera substituição do desfalque do valor, e não acréscimo do valor. E nota-se que, no caso *sub judice*, as partes estabeleceram a correção monetária tomando por índices que não acompanham os da inflação, sendo-lhe inferior. Há, pois, mesmo com a correção monetária, nos termos em que é posta no contrato, um decréscimo no capital, e não é lícito ao legislador dizer que a diminuição do patrimônio constitui renda, pois o conceito dela, além de estar consubstanciado no art. 43 do CTN, existe no direito privado, no Código Comercial (lucros, etc., arts. 302, 288) ou no Código

Civil (frutos, produtos, rendimentos, rendas, etc. - arts. 60, 178, § 10, 674, VI, 749, etc.).

Consoante demonstrado a partir do exemplo numérico antes apresentado, a falta de correção monetária do valor do capital social produz um efeito tributário que implica incidência tributária sobre uma riqueza inexistente. De fato, em essência, a falta de norma que imponha a correção monetária do valor do capital social acaba por mudar a forma de medida dos fatos econômicos, “porém não sua consistência substancial”.²²

A conseqüência imediata deste tipo de distorção²³ é o aumento da carga tributária e cobrança de tributo sobre hipótese material de incidência não autorizada pela Constituição, posto que leva à tributação de “manifestação fictícia de capacidade contributiva”.²⁴ A correção monetária do valor do capital social, como será demonstrado, tem a virtude de eliminar os nefastos efeitos da tributação incidente sobre atualização meramente nominal, sem geração de acréscimo patrimonial efetivo.

3. Ofensa ao princípio da capacidade contributiva

A tributação, por via direta ou transversa, de acréscimos nominais não traduzíveis em receita ou ganho de qualquer espécie acaba por vulnerar, de forma irremediável, o princípio da capacidade contributiva.

Dispõe o § 1º do art. 145 da CF que “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

Toda norma jurídica (princípio ou regra) desempenha uma ou mais funções na ordem jurídica positiva à qual pertencem. Os princípios têm, por natureza, função sistêmica mais abrangente, por-

22. GIARDINO, Cleber; ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, p. 158.

23. Neste sentido: TILBERY, Henry. *Op. cit.*, p. 467.

24. *Idem*, p. 159.

quanto fornecem fundamento de validade para grande número de regras e prestigiam valores caros à comunidade. As regras estabelecem situações concretas de dever-ser, estipulando diretamente o que é permitido, obrigatório ou proibido.

Pois bem, o princípio da capacidade contributiva tem uma importante função: ele induz à idéia de justiça distributiva. O bem jurídico que o princípio da capacidade contributiva visa proteger é a distribuição da carga tributária de forma razoável; assim, de um ponto de vista funcional, ele visa estabelecer critérios indispensáveis para o estabelecimento de um equilíbrio entre as necessidades públicas e a preservação da fonte produtora da riqueza. Em outras palavras, a razão última do referido princípio é a justiça do sistema tributário.

De fato, o princípio da capacidade contributiva (ao lado da isonomia e proporcionalidade) faz parte do núcleo das normas que visam realizar os ideais de justiça da ordem jurídica positiva de nosso país. Portanto, nesta condição, ele adquire importância sistemática que o credencia a ostentar a posição de princípio fundamental de proteção dos direitos e garantias individuais que se projetam sobre a vida de todas as pessoas, individuais ou coletivas.

A despeito da inegável importância deste princípio para a ordem jurídica positiva ainda existem dúvidas sobre a aplicação dele em relação às contribuições. Colabora para esta dúvida o enunciado do § 1º do art. 145 da CF, segundo o qual “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

O texto normativo faz referência apenas e tão-somente aos “impostos” e, portanto, não menciona as “contribuições”. Essa lacuna toma-se ainda mais problemática se considerarmos que permanece arraigada, entre nós, a idéia de esse princípio só se aplica aos impostos, pois os demais tributos, taxas e contribuições, são governados pelo princípio da retribuição ou utilidade.

Temos como verdadeiro, todavia, que, para um cidadão ser incluído entre aqueles que contribuirão para as receitas do Estado, é de fundamental importância que revele condições de suportar a

exigência que a lei tributária cria, ou seja, a exação deve guardar proporcionalidade com esta capacidade.

Essa exigência de proporcionalidade irradia-se para as contribuições, sem dúvida alguma. Também em relação a elas, a obrigação tributária que surge da ocorrência do fato gerador deve ser dimensionada segundo a capacidade que, virtualmente, o sujeito passivo deverá ter. Se assim não fosse, estariam abertas as portas para o arbítrio, um absurdo que deve ser conjurado.

Assim, se não se pode haurir do § 1º do art. 145 da CF a conclusão de que as contribuições submetem-se ao crivo do princípio da capacidade contributiva, é indisputável que exigência de proporcionalidade - que adentra a ordem jurídica pela porta do princípio que consagra o *substantive due process of law* - imponha tal consideração pela norma tributária.

Na idéia de proporcionalidade está contida a de razoabilidade, que constitui importante freio ao exercício do poder de tributar consoante decidiu o Plenário do STF quando da apreciação da Medida Cautelar em ADIn nº 2.010, cuja decisão está publicada no *DJ* de 14.4.2002 nos seguintes termos:

O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

Em outra decisão, quando do julgamento da ADIMC 1.407, aquela mesma Corte delineou as vigas mestras do princípio da proporcionalidade como limite ao poder de legislar, dizendo:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela

que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Por essas razões, estou plenamente convicto de que não há tributo que não se submeta, por inteiro, aos limites do princípio da capacidade contributiva.

Este princípio tem uma função positiva e outra negativa. Sob o ponto de vista positivo, ele estabelece um programa normativo ou pauta de ação para legislador; no sentido negativo, interdita, de plano, a validade da norma tributária que eleja como fato tributário algo desprovido de conteúdo econômico apreciável.

Estas funções estão presentes em diversas manifestações da doutrina. Para Alfredo Becker, em face deste princípio, o legislador ordinário “deverá escolher para a composição da hipótese de incidência da regra jurídica criadora do tributo exclusivamente fatos que sejam signos presuntivos de renda ou de capital. A desobediência pelo legislador ordinário a esta regra constitucional tem como consequência a inconstitucionalidade da lei”.²⁵

A doutrina de Alfredo Becker coincide, em linhas gerais, com a antiga lição de Alberto Xavier:

Nem todas as situações da vida abstratamente susceptíveis de desencadear efeitos tributários podem, pois, ser designadas pelo legislador como fatos tributáveis. Este encontra-se limitado na faculdade de seleção pela exigência de que a situação da vida a integrar na previsão da norma seja reveladora de capacidade contributiva, isto é, de capacidade econômica, de riqueza, cuja expressão sob qualquer forma se pretende submeter a tributo.

25. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 454.

Pode o legislador escolher livremente as manifestações de riqueza que repute relevantes para efeitos tributários, bem como delimitá-las por uma ou outra forma - mas sempre deverá proceder a essa escolha entre as situações da vida reveladoras de capacidade contributiva e sempre a estas se há-de (sic) referir na definição dos critérios da medida do tributo.²⁶

Francesco Moschetti adverte que o conceito de capacidade contributiva refere-se a uma aptidão efetiva (*um'attitudine effettiva*) e, portanto, “*esistente in concreto, certa ed attuale*”; de modo que tal princípio requer que sejam consideradas manifestações econômicas reais e não meramente fictícias.²⁷ Na lição de Geraldo Ataliba, este princípio traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada de modo a se adaptar à riqueza dos contribuintes e “Implica que cada lei tributária tenha por efeito atingir manifestações, ou aspectos dessa riqueza, sem destruir sua base criadora”.²⁸

A escolha pelo legislador de situações que comporão o suporte fático da uma norma tributária não pode ser aleatória ou desprovida de substância econômica, conforme observam Cleber Giardino e Geraldo Ataliba:

No Brasil, mais que alhures, há exigência insuperável de que o fato impositivo seja passível de medição; quer dizer, deve necessariamente - e a necessidade é impostergável, porque constitucional - ter conteúdo econômico.

Assim, o postulado universalmente consagrado da capacidade contributiva é, aqui, erigido em exigência básica e fundamental, a que não pode fugir o legislador. Portanto, tributo com hipótese de incidência destituída de qualidades subjetivamente mensuráveis - quer dizer substância econômica - é, no Brasil, inconstitucional.²⁹

26. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: FDL, 1974. p. 108.

27. *Il principio della capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1973. p. 261-2.

28. Progressividade e capacidade contributiva. In: *Princípios constitucionais tributários*, Separata da *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: IDEPE, 1991. p. 50.

29. *Op. cit.*, p. 164.

Cabe aditar que este princípio, por dispor sobre matéria relativa aos direitos e garantias fundamentais, está sujeito ao cânone da *máxima efetividade* das normas constitucionais.³⁰

Em matéria de capacidade contributiva, o mandamento da máxima efetividade atua na formulação hipotética da norma e da aplicação prática da mesma, diante dos fatos relevantes para a incidência na norma tributária e, há muito, deixou de ser mera recomendação ao legislador.³¹ Assim, tal mandamento será cumprido na medida em que o princípio da capacidade contributiva deixar de ser uma mera hipótese normativa constitucional para se tomar ato concreto na vida quotidiana dos sujeitos passivos em geral; ou seja, quando a promessa constitucional de proteção for efetivamente cumprida. A exigência de concreção daquele princípio impõe, aos formuladores e aplicadores das leis tributárias e das normas regulamentares, o dever de permitir que a sua potencialidade normativa seja exercida da melhor maneira possível e de modo a garantir-lhe a máxima efetividade.

Em obra mais recente, Alberto Xavier adverte que “não basta que o imposto tenha como fato gerador e base de cálculo fatos reveladores de capacidade contributiva: é ainda necessário que o imposto seja graduado em face de manifestações diferenciadas dessa mesma capacidade”.³²

A concretização do princípio da capacidade contributiva é feita pela lei segundo critérios técnicos ou de valoração adotados pelos legisladores. Na lição de Tulio Raúl Rosembuj, “a noção de tributo resulta da convergência do princípio da legalidade e da capacidade

30. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 75; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Lisboa: Almedina, 1987, p. 228-9; MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 306-20, *passim*; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 272-4.

31. A importância sistemática do princípio da capacidade econômica supera antigas concepções doutrinárias acerca da sua condição de “norma programática”. Vide, a respeito: FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 68.

32. XAVIER, Alberto. *Inconstitucionalidade dos tributos...*, 1991, p. 50.

contributiva, convergência que marca, frente a cada tributo, sua legitimidade constitucional”.³³

A lei é, por excelência, o veículo de concretização do princípio da capacidade contributiva, de modo que a sua consideração não pode ser olvidada quando da construção da hipótese normativa de toda norma tributária. Quando a lei falhar, caberá ao Poder Judiciário suprir a deficiência ou falha e aplicar a Constituição em adição (interpretação conforme a Constituição), ou em substituição da lei que, no caso, não existe. No caso presente, não cabe considerar que o Poder Judiciário, ao reconhecer a validade da correção monetária do valor do capital social com base em deliberação dos sócios ou acionistas, esteja agindo como “legislador positivo”, o que lhe é vedado em certas circunstâncias; os juízes e tribunais estarão aplicando as regras sobre correção monetária nas relações entre particulares (a sociedade não se confunde com os seus sócios ou acionistas) e sobre a dedutibilidade de despesas de variações monetárias.

Essas considerações são inteiramente pertinentes à questão que constitui o ponto central deste estudo. O exemplo numérico acima apresentado mostra, de forma clara e insofismável, que a falta de correção monetária do valor do capital social implica incidência de tributo sobre algo que não constitui riqueza nova, com frontal ofensa ao princípio da capacidade contributiva que invalida a incidência de tributo sobre fato sem conteúdo econômico apreciável.

Por último, cabe lembrar que, além da frontal ofensa ao princípio da capacidade contributiva, a falta de correção monetária do valor do capital social, que produz a incidência de tributos sobre mera atualização monetária - fora dos casos em que essa atualização refere-se a uma receita, ganho ou acréscimo patrimonial efetivo ou real -, constitui violação, também, ao princípio que veda a tributação confiscatória³⁴ e permite a tributação sobre patrimônio sem lei anterior, com ofensa aos arts. 150, IV, e 154, I, da CF.

33. *El hecho de contribuir*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1975. p. 108.

34. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit.» p. 168.

4. A correção monetária do capital social

Como exposto, as normas sobre correção monetária que tinham importância na determinação do montante dos tributos incidentes sobre os resultados das empresas foram revogadas. Ocorre, todavia, que a inflação não foi banida com a revogação e continua a trazer os mesmos transtornos vislumbrados pelo legislador de 1976, que, ao editar a Lei nº 6.404, determinou que fossem reconhecidos os efeitos da inflação sobre o patrimônio das sociedades por ações.

Naquela oportunidade, a introdução da medida foi justificada com base em argumentos técnicos que não mudaram com o tempo. Portanto, é de se indagar sobre a atualidade dos argumentos contidos na Exposição de Motivos da Lei nº 6.404, que a certa altura, a respeito da correção monetária do valor do capital, dizia:

0 parágrafo único do art. 5º prescreve a correção anual da expressão monetária do valor do capital social, regulado nos arts. 168 e 186. No curso do processo inflacionário, a fixação do capital em moeda nominal, sem correção, conduz à redução gradativa do seu valor (em termos de moeda do mesmo poder aquisitivo) e à distribuição do capital aos acionistas, sob a forma de dividendo, não obstante o Código Penal conceituar essa distribuição como crime.

A ocorrência de distorções que a falta de correção monetária do capital acarreta foi cogitada pelo consagrado José Luiz Bulhões Pedreira:

A inflação, ao modificar o poder de compra da moeda nacional, tem efeitos sobre os elementos patrimoniais que distorcem as demonstrações financeiras levantadas com base em escrituração que adota custo histórico como critério de avaliação e usa a moeda nacional como unidade de medida de valor.

A finalidade do procedimento de correção monetária, previsto nas leis comercial e tributária, é eliminar essas distorções do balanço e da demonstração do resultado do exercício.

O saldo devedor dessa conta elimina das contas de resultado lucros contábeis, que são fictícios, porque têm a função de manter - em moeda de poder de compra constante - o capital de giro próprio da pessoa jurídica.³⁵

Também, o douto mestre Rubens Gomes de Sousa³⁶ vislumbra-va que a falta de um adequado sistema de correção das demonstrações financeiras acabava por criar lucros fictícios:

Mas, no caso que interessa ao presente trabalho, o objetivo visado é evidentemente evitar a descapitalização das empresas pela tributação de lucros meramente escriturais (às vezes, popularmente chamados de “lucros de papel”), decorrentes apenas de uma apreciação, em termos de moeda desatualizada, dos valores patrimoniais ou financeiros que concorrem para a formação do lucro “real”.

Pois bem, cabe indagar se a falta de norma regulando a forma da correção monetária dos elementos do patrimônio muda o pressuposto, contido no trecho da Exposição de Motivos acima transcrito: (a) a falta de atualização do valor do capital diminui o seu valor intrínseco e afeta a garantia dos credores, e (b) a falta de consideração dos efeitos da inflação mascara os resultados apurados pelas empresas e pode, perfeitamente, permitir a distribuição de lucros fictícios, que, a despeito de ser prática proibida, implica prejuízo, uma vez mais, do valor do capital que é distribuído de forma oblíqua.

Essas considerações permitem uma reflexão sobre a possibilidade de, a despeito da falta de autorização legal, poderem os sócios deliberar sobre a correção monetária do valor do capital. Em favor dessa possibilidade, podem ser aduzidas as seguintes razões: (a) a falta de permissão não implica proibição, (b) a indexação dos contratos com terceiros é perfeitamente legal e largamente utilizada, de modo que não há razão plausível para discriminar os sócios;

35. *Imposto de Renda Pessoas Jurídicas*, v. II. Rio de Janeiro: Justec, 1979. p. 694.

36. *Pareceres 3: Imposto de Renda*. Edição póstuma. São Paulo: IBDT/USP, 1976. p. 107.

se eles podem receber juros sobre o capital, podem, pelas mesmas razões de ordem econômica e jurídicas, pactuar correção monetária. Em princípio, a validade dessas proposições só poderia ser posta em questão se admitirmos que a inflação não é um fato social que existe de forma concreta; persiste a despeito de ser solenemente ignorada pelo direito em certas circunstâncias.

A simples existência da inflação e dos efeitos apontados no exemplo numérico antes apresentados já seria suficiente para, à luz do princípio da capacidade contributiva, justificar a validade da correção monetária do capital, a despeito da existência de lei imperativa. Como dito, a possibilidade jurídica da cogitada correção tem esteio nas regras sobre correção monetária aplicáveis nas convenções entre particulares e nas regras sobre dedutibilidade de variações monetárias passivas.

Todavia, as proposições expostas poderiam ser, em princípio, refutadas em face do princípio da legalidade tributária; pois, de fato, se não existe lei que a autorize, a correção monetária do valor do capital social não deveria produzir nenhum efeito tributário, e, portanto, a dedutibilidade da despesa seria cerceada em face da impossibilidade jurídica do ato jurídico que lhe deu causa.³⁷ A suspeita de invalidade seria reforçada pelo enunciado do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.249/95, segundo o qual “fica vedada a utilização de qualquer sistema de correção monetária de demonstrações financeiras, inclusive para fins societários”.

Em primeiro lugar, é um rematado equívoco considerar que correção monetária tem como única fonte a lei; ela tem origem na lei, no contrato e na jurisprudência dos tribunais. Sobre a origem da correção monetária, Rubens Gomes de Sousa observa que esta pode ser de índole patrimonial ou obrigacional: a primeira decorre da atualização de elementos estáticos do patrimônio social; a segunda, por outro lado, é dinâmica, pois versa sobre valores a liquidar e produz

37. Isto me traz à lembrança o texto de um antigo Parecer Normativo editado pela Coordenadoria do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal. Trata-se do Parecer Normativo nº 9/96, em cuja ementa está dito: “não são operacionais as despesas decorrentes de operações de realização impossível, em razão de disposições legais”.

efeitos imediatos em função do próprio ato ou negócio a que se refira.³⁸ Ademais, em antiga decisão do STF, quando do julgamento do RE nº 69.268, ficou assentado que o regime da correção monetária é aplicável em virtude de leis específicas, “por construção de jurisprudência e, pela sua própria natureza, nas dívidas de valor”.³⁹ Assim, consoante adverte Amoldo Wald, “a jurisprudência passou a aplicar a correção monetária mesmo independentemente de lei, a fim de fazer prevalecer a justiça em hipóteses nas quais a manutenção rígida do princípio nominalista implicaria iniquidade”.⁴⁰

A correção monetária pode ser objeto de contrato entre particulares, e, por tal razão, os sócios podem convencionar que a sociedade define a correção monetária do valor do capital. O motivo do contrato, no caso, é a necessidade de proteção contra tributação injusta, porque recai sobre fato sem conteúdo econômico apreciável. Em outras palavras, o motivo do contrato é corrigir um problema estrutural da ordem jurídica tributária, para evitar que ela propicie enriquecimento sem causa justa para o tesouro público, que não pode, por via direta ou transversa, exigir tributário que não atenda ao princípio da capacidade contributiva.

Sobre o sentido e o alcance da norma do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.249/95, basta dizer que a correção monetária do capital não constitui, em si, um sistema de correção monetária do balanço, ao menos no modelo das normas revogadas, porque nele corrigiam-se as contas do patrimônio líquido e do Ativo Permanente (inclusive depreciações) e algumas contas do Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo. Todavia, há um problema de validade da citada norma que não pode ser negligenciado; ela é inválida porque: (a) contraria o princípio da capacidade contributiva; (b) opera verdadeiro confisco, pois, sem lei complementar, faz incidir imposto de renda e contribuição social sobre o patrimônio e não sobre a renda (acréscimo patrimonial) e sobre o lucro; (c) introduz uma proibição não equitativa na medida em que a inflação é con-

38. *Pareceres 3...*, p. 297-8.

39. WALD, Amoldo. Parecer publicado na *Revista Forense*, n. 258, p. 196.

40. *Idem*, p. 195.

siderada para outros fins; e (d) arrima o enriquecimento sem causa do tesouro público pelas três razões antecedentes.

5. Conclusões

À vista do exposto, considero plausível e legítima a deliberação social ou a cláusula contratual que determinar a correção monetária do valor do capital social segundo os índices oficiais e idôneos de inflação. A despesa correspondente - se em montante compatível com as taxas de inflação apuradas por instituições oficiais ou particulares de ilibada reputação - será considerada dedutível na determinação do lucro real, e o valor correspondente pode ser registrado em Reserva, no Patrimônio Líquido, ou ser creditado ao sócio ou acionista. O eventual valor creditado ao sócio ou ao acionista não será tributável, porque a correção monetária, no caso, não é a mera reposição de um ganho patrimonial, mas a simples atualização do valor de um bem que está afetado a um patrimônio empresarial. Quando o sócio ou acionista for residente ou domiciliado no exterior, a atualização monetária pode ser feita em face da variação do valor da moeda de registro do investimento no Banco Central do Brasil, de modo que o valor do capital social registrado na contabilidade reflita, em moeda nacional, o montante em moeda estrangeira constante do Certificado de Registro previsto na Lei nº 4.131/62.