

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

PAULO VITAL OLIVO

ATO ANORMAL DE GESTÃO E TRIBUTAÇÃO: IDENTIFICAÇÃO, CONTROLE

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO 2011

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

PAULO VITAL OLIVO

ATO ANORMAL DE GESTÃO E TRIBUTAÇÃO: IDENTIFICAÇÃO, CONTROLE

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, subárea de Direito Tributário, sob a orientação da Professora Doutora Regina Helena Costa.

Banca Examinadora:

À memória de meu pai.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos àqueles que, de qualquer forma, contribuíram para este trabalho, mas especialmente:

À Gabriela, pelo apoio nos momentos mais difíceis, com todo meu amor.

À minha família, responsável pela formação do meu caráter.

À Dra. Regina Helena Costa, pelo impecável trabalho de orientação.

À Dra. Maria Francisca De Vitto, pelo incentivo e apoio permanentes, desde o início.

Ao Dr. José Maria de Campos, pelos diálogos constantes e por me permitir enxergar aquilo que somente conseguimos ver através da experiência.

Aos sócios da Loeser e Portela Advogados, pela firme convicção no incentivo ao aprimoramento técnico de seus profissionais.

Agradeço, por fim, à Dra. Flavia Trocoli, pela revisão gramatical e adesão às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

RESUMO

O presente trabalho enfoca a figura do ato anormal de gestão, a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas. A expressão “ato anormal de gestão” foi criada pela jurisprudência francesa para qualificar determinados atos e negócios jurídicos praticados por contribuintes sem abuso de direito, fraude ou simulação, porém, com repercussão nos tributos incidentes sobre a renda, seja por ter incorrido em uma despesa ou perda maior do que aquela que seria aceitável em condições ditas “normais”, seja por ter deixado de obter um ganho que poderia ter sido auferido caso o ato fosse praticado em condições de “normalidade”. A aplicação da teoria do ato anormal de gestão pelo fisco encontra seu limite justamente na esfera de liberdade mínima que todo contribuinte tem na gestão de seus negócios, liberdade essa que é mero desdobramento de diversos princípios constitucionais, como o da liberdade em sua acepção ampla, legalidade e especialmente o princípio do livre exercício da atividade econômica, dentre outros. Desta forma, a liberdade de gestão encontra o seu contraponto conceitual justamente na figura do ato anormal de gestão, cujos fundamentos para aplicação também se encontram em outros princípios e normas constitucionais, como o da igualdade e legalidade.

The present study focuses on the legal figure of the “management abnormal act”, its reception by the Brazilian legal system, especially in the context of the Corporate Income Tax . The term "management abnormal act" was created by the French courts to declare certain acts committed by taxpayers without abuse of rights, fraud or simulation, but with repercussions on income tax, either because of having incurred an expense or loss higher than which would be acceptable in “normal” terms, either for failing to obtain a gain that could have been earned if the act was done in conditions of "normality." The application of the theory of "management abnormal act" by the tax authorities is precisely limited by the minimum sphere of liberty that every taxpayer is assured in the management of its business. Such liberty is a mere split of several constitutional principles such as liberty in its broad sense, legality and in particular the principle of free exercise of economic activity, among others. Thus, the freedom of management finds its counterpoint in the conceptual figure of the "management abnormal act", which reasons are also applied to other principles and constitutional rules, such as equality and legality.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO E ESCLARECIMENTOS INICIAIS	10
1 – INTRODUÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TEMA	10
2 – ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES.....	14
CAPÍTULO II – ASPECTOS GERAIS RELACIONADOS À NORMALIDADE E À ANORMALIDADE NO DIREITO.....	16
1 – O NORMAL, O ANORMAL E SUA ARTICULAÇÃO COM O DIREITO	16
2 – DIREITO, NORMALIDADE E NORMALIZAÇÃO: A VISÃO DE DANIELE LOSCHAK.....	24
2.1 – <i>O direito enquanto instrumento normativo</i>	25
2.2 – <i>O direito enquanto discurso da normalidade</i>	27
2.3 – <i>A normalidade no direito</i>	28
3 – NORMALIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO E NO DIREITO SOCIETÁRIO	31
CAPÍTULO III – A EMPRESA E SUA RELAÇÃO COM O TEMA PROPOSTO	39
1 – IMPORTÂNCIA DA EMPRESA NO MUNDO ATUAL	39
2 – FINALIDADE, FUNÇÕES E INTERESSE DA EMPRESA.....	41
3- OS GRUPOS SOCIETÁRIOS E O INTERESSE DA EMPRESA	44
CAPÍTULO IV - A GESTÃO SOB A PERSPECTIVA DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO.....	49
1 – DOS MODELOS DE GESTÃO AOS ATOS DE GESTÃO (E VICE-VERSA)	49
2 – ORIGEM DA EXPRESSÃO “ATO ANORMAL DE GESTÃO”	57
CAPÍTULO V – O ATO ANORMAL DE GESTÃO, SUA ORIGEM E SIGNIFICADO. A EXPERIÊNCIA FRANCESA.....	59
1 – SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “ATO ANORMAL DE GESTÃO” EM SUA ORIGEM.....	59
2 – DOIS GRANDES GRUPOS DE ATOS ANORMAIS DE GESTÃO E AS DUAS ESPÉCIES DE ANORMALIDADE (QUALITATIVA E QUANTITATIVA) PROPOSTAS PELA DOUTRINA FRANCESA.....	62
3 – A REAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FRANCESA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA NÃO INGERÊNCIA NOS ATOS DE GESTÃO	63
4 – PRINCÍPIO DA NÃO INGERÊNCIA E A BUSINESS JUDGMENT RULE DO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	66
CAPÍTULO VI – LIBERDADE DE GESTÃO E ATO ANORMAL DE GESTÃO NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO	69
1 – LIBERDADE DE GESTÃO COMO PRINCÍPIO	69
2 – OS ATOS NORMAIS DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA BRASILEIRA	79
3 – OS ATOS ANORMAIS DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA BRASILEIRA.....	86
3.1 – <i>Atos de liberalidade</i>	87
4 – O DEVER DE DILIGÊNCIA NO CONTEXTO DO ATO ANORMAL DE GESTÃO	90
4.1 – <i>Dever de diligência, risco e risco excessivo</i>	95
5 – ATO ANORMAL DE GESTÃO, FRAUDE, SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO.....	98
5.1 – <i>Ato anormal de gestão e fraude</i>	99

5.2 – Ato anormal de gestão e simulação.....	100
5.3 – Ato anormal de gestão e abuso de direito	101

CAPÍTULO VII – O ATO ANORMAL DE GESTÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....105

1 – ATOS ANORMAIS DE GESTÃO DISCIPLINADOS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA	105
1.1 – Despesas desnecessárias e anormais na apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (anormalidade qualitativa)	105
1.1.1 – A questão da necessidade da despesa e sua relação com o princípio da liberdade de gestão	107
1.1.2 – Os pressupostos da usualidade e normalidade para a dedutibilidade de despesas operacionais	115
1.2 – Distribuição Disfarçada de Lucros (anormalidade quantitativa).....	120
1.2.1 – Breve histórico da legislação relativa à DDL e a teoria da sanção por ato ilícito	121
1.3 – Interdependência entre o Imposto sobre Produtos Industrializados, IPI, e o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações.	129
2 – ATOS “TIDOS” POR ANORMAIS, PORÉM NÃO DISCIPLINADOS EXPRESSAMENTE PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA	131
2.1 – Empréstimo em dinheiro versus aumento de capital.....	132
2.2 – Remissão de dívida.....	138
2.3 – A questão do risco excessivo	145
3 – O ATO ANORMAL DE GESTÃO E O PROBLEMA DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.....	153

CAPÍTULO VIII – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELA PRÁTICA DE ATOS ANORMAIS DE GESTÃO.....159

1 – ATO ANORMAL DE GESTÃO E A RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 135, III DO CTN	159
1.1 – Histórico da legislação societária a respeito da responsabilidade dos administradores e o entendimento da doutrina e jurisprudência de direito privado.	165
1.2 – A redação do artigo 135, III do CTN e seu paralelismo em relação à legislação societária.	172
1.3 – Insuficiência de critérios para determinação, a priori, da extensão da responsabilidade prevista no artigo 135, III do CTN.....	173

CAPÍTULO IX - DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TEMA.....179

1 – ATO ANORMAL DE GESTÃO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	180
2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM AS NORMAS DE CONTROLE DO ATO ANORMAL DE GESTÃO EM TRANSAÇÕES COM PARTES VINCULADAS	181
2.1 – Princípio da igualdade em matéria tributária.....	182
2.2 – Princípio da capacidade contributiva	187
3 – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM AS NORMAS DE CONTROLE DO ATO ANORMAL DE GESTÃO EM TRANSAÇÕES COM PARTES NÃO RELACIONADAS	195

CONCLUSÕES199

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS204

LISTA DE ABREVIATURAS

CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CF	Constituição Federal de 1988
CSL	Contribuição social sobre o lucro
CSRF	Câmara Superior de Recursos Fiscais
CTN	Código Tributário Nacional
DDL	Distribuição disfarçada de lucros
DL	Decreto-lei
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e Comunicação
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IRPJ	Imposto sobre a renda da pessoa jurídica
RIR/99	Regulamento do imposto sobre a renda de 1999

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO E ESCLARECIMENTOS INICIAIS

1 – INTRODUÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TEMA

O objetivo principal deste trabalho é fornecer uma contribuição àqueles que operam com o direito tributário para uma melhor compreensão de uma figura jurídica criada pela jurisprudência francesa, denominada “ato anormal de gestão”. Trata-se de uma expressão que não está contemplada de maneira clara em nenhum dispositivo legal do sistema jurídico brasileiro, mas que vem suscitando a atenção da doutrina e sendo aplicada em processos administrativos fiscais federais, cujo julgamento em segunda instância compete, atualmente, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

A criação desse termo pelos tribunais franceses partiu de uma articulação feita entre conceitos e institutos do direito societário e normas de natureza tributária e, portanto, será em tal espaço teórico do direito que a pesquisa e a reflexão propostas neste estudo deverão ter início para, a partir desse primeiro movimento, levantar e discutir um conjunto de questões relevantes sobre o ato anormal de gestão. Como decorrência, o trabalho acaba por estabelecer um diálogo entre o direito tributário e societário

Para se estudar a figura do ato anormal de gestão é inevitável que se faça também uma investigação a respeito de um tema maior no qual ele está contextualizado, qual seja, o princípio da liberdade de gestão, que tem raiz constitucional com desdobramentos principalmente no âmbito do direito societário.

Com efeito, o artigo 158⁴ da Lei nº 6.404/76 prevê que os administradores não serão responsabilizados em virtude de ato regular de gestão e o artigo 153⁵ da mesma lei dispõe que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o

⁴ “Artigo 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II - com violação da lei ou do estatuto.”

⁵ “Artigo 153 - O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” Assim, o administrador é protegido quando seus atos, a despeito de terem causado prejuízos à companhia ou, ainda, não terem obtido o ganho esperado em situações ditas “normais”, tenham sido regulares, e ele tenha agido de acordo com o dever de diligência. Esses atos de gestão situam-se em um campo muito particular, que envolve o processo de coleta, análise de informações, reflexão e tomada de decisão, muitas vezes considerando diversos cenários econômicos presentes e futuros e que, portanto, comportam juízos subjetivos de valor que podem variar de indivíduo para indivíduo e de tempos em tempos.

Essa esfera em que atuam os administradores é justamente aquela protegida pelo princípio da liberdade de gestão, reconhecida inclusive pela legislação societária brasileira, que impede que terceiros, tais como as autoridades fiscais e o Estado-Juiz, substituam o administrador. Muitas vezes, anos após a prática do ato, realiza-se uma avaliação subjetiva sobre a sua conveniência e oportunidade e, daí, extrai-se consequências jurídicas, seja no campo privado (no caso de prejuízo aos acionistas minoritários, por exemplo), seja no público, especialmente no âmbito tributário (caso o ato tenha gerado uma despesa ou perda dedutível do lucro tributável ou não ter gerado um ganho que seria tributado).

Por outro lado, pode-se, com efeito, atestar não haver na doutrina de nosso País, explorações científicas dedicadas inteiramente ao tema. Schoueri (1996), Greco (2008) e Rolim (2001) surgem como exceções, sendo que os dois últimos autores dedicam um capítulo de suas respectivas obras ao assunto. Greco, em particular, entende que a teoria não se encontra amplamente discutida no Brasil, especialmente em relação a práticas que são consideradas inadequadas ou anormais por órgãos e entidades fiscalizadoras dos mercados de capitais ou que regulam o exercício de determinada atividade econômica (2008, p. 350).⁶

Ao lado da mencionada escassez bibliográfica, a exploração teórica do assunto encontra justificativa empírica, ou seja, ela decorre da própria observação da realidade que se recolhe da prática. De fato, a questão da anormalidade dos atos e negócios jurídicos praticados por empresas e seus administradores tem sido apontada como motor de constante

⁶ “Entendo que a teoria não se encontra ainda amplamente discutida na experiência brasileira. O tema merece um estudo profundo, especialmente ligado a práticas que são consideradas inadequadas ou anormais por determinados órgãos ou entidades de controle do exercício da atividade econômica (por exemplo, Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central, Agência Nacional de Telecomunicações).”

tensão entre o fisco e os contribuintes. De um lado, o fisco determina uma “normalidade” como parâmetro balizador para a abordagem e avaliação dos efeitos tributários de atos e negócios jurídicos praticados pela pessoa jurídica. De outro lado, os contribuintes, muitas vezes, vêem-se compelidos à prática de atos ditos anormais por serem estes a única conduta possível em determinadas circunstâncias ou a que mais lhes pareceu racional e adequada em comparação com outros atos possíveis de serem praticados. Por decorrência, como desdobramento da figura do ato anormal de gestão, seriam analisadas aqui a figura do risco normal e do risco excessivo e suas possíveis repercussões tributárias.

Nesse sentido, não se pode deixar de observar que, algumas vezes, a jurisprudência administrativa já fez referência à expressão aqui tratada, sem, contudo, definir qual seria exatamente o seu significado⁷ e que a Procuradoria da Fazenda Nacional suscitou o tema em um processo de ampla repercussão nacional, julgado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (“CSRF”)⁸. Nota-se, assim, que há direitos em jogo, tanto do Estado como do contribuinte, o que exige daqueles que invocam essa figura para defender seus interesses pelo menos um conhecimento prévio respeito daquilo sobre o que estão falando.

Outro aspecto que motiva a exploração do tema diz respeito às *anormalidades aparentes*. O *anormal* muitas vezes nos é apresentado disfarçadamente, por meio do uso de palavras com significado aproximado. Um exemplo é o frequente uso, pelas autoridades fiscais, da palavra *atípica*, não no sentido em que o termo é empregado no direito penal, mas

⁷ “DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL - Não estando demonstrada a imputação de "atos anormais de gestão", para descaracterizar os dividendos recebidos e a desconsideração dos lançamentos contábeis redutores do Investimento na Controlada, regular tornou-se a correção monetária das demonstrações financeiras”. (Acórdão nº 103-21. 847, julgado em 13 de abril de 2005 pela Terceira Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes)

“VARIAÇÃO MONETÁRIA ATIVA. DEPÓSITO JUDICIAL EM GARANTIA DE INSTÂNCIA. Enquanto subordinada a disponibilidade dos depósitos e dos respectivos valores de atualização monetária ao êxito da ação, incorre o fato gerador do imposto de renda como pressuposto no artigo 43 do CTN; até a decisão final, os rendimentos dos depósitos estão juridicamente indisponíveis para o depositante. PERDA DE CAPITAL HAVIDA NO NEGÓCIO REALIZADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS COLIGADAS, CONTROLADAS OU INTERLIGADAS. Nesta circunstância, a impugnação da perda, depende da comprovação, por parte da fiscalização, de que a conduta do contribuinte afrontou dispositivo legal especial ou de que o negócio fora contratado com vícios de legalidade; a legislação do imposto de renda tipifica as situações, consideradas, para efeitos fiscais, como atos anormais de gestão, estabelecendo consequências próprias (DDL, PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E OUTRAS). Somente inferências de ordem econômica, não são suficientes para caracterização do ilícito fiscal.” (Decisão 1.505. proferida pela Delegacia de Julgamento da Secretaria da Receita Federal em São Paulo - D.O.U. em 10.7.2001)

⁸ Acórdão nº 9101-00.287 julgado em 24 de agosto de 2009 pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF (caso “Kolyos”).

sim para qualificar uma conduta que não é própria às atividades da companhia, uma conduta *diferente* da adotada por outras empresas ou simplesmente *estranha* quando comparada com aquela considerada *normal* pelo *senso comum*. Na maioria das vezes é algo que o fisco não consegue qualificar em nenhum dos vícios clássicos dos atos e negócios jurídicos, tais como o dolo, a fraude, a simulação e o abuso de direito, mas que causa algum estranhamento por ser *aparentemente anormal*. A tendência de aproximar o *anormal* ao ilícito ou ao patológico nesses casos é preocupante, porque o *ser diferente* não significa necessariamente *ser ruim* ou contrário às prescrições do ordenamento.

Assim, o ponto que nos interessa saber é como e em que extensão a anormalidade de um ato se articula com o direito tributário, afinal, o anormal, como já dito, não é, absolutamente, um ilícito e também não é uma conduta que por si só atraia a incidência de uma norma tributária, com exceção dos casos expressamente previstos em lei.

No caso do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”) a reação do ordenamento a esses atos, pelo menos aqueles até agora disciplinados pela legislação brasileira, geralmente se dá por meio da recomposição das bases de cálculo desse tributo, mediante a adição daqueles valores que a pessoa jurídica “poderia ter ganho” em uma transação dita em *condições normais* (como por exemplo, no caso da distribuição disfarçada de lucros – artigo 60 do Decreto-lei nº 1.598/77) ou pela vedação à dedução de uma despesa ou perda anormal (como no caso das despesas não necessárias, não usuais e anormais – artigo 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64). No âmbito dos impostos incidentes sobre a produção e circulação de mercadorias (Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – e Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e Comunicação – ICMS), o ordenamento jurídico também estipula bases de cálculo consideradas *normais* em determinadas operações praticadas entre empresas relacionadas (regime de “interdependência”), valendo-se da atribuição de “preços mínimos” nessas transações.

Por outro lado, parece-nos que essas técnicas de controle do ato anormal de gestão requerem uma análise mais profunda à luz dos princípios constitucionais, em decorrência de algumas questões, tais como: existe algum princípio constitucional que albergue essas normas? Em caso positivo, qual ou quais? Se de fato existir tal princípio, a figura do ato anormal de gestão conviveria com outros princípios e normas constitucionais, como por

exemplo, o princípio da capacidade contributiva? Em que extensão? Até que ponto ficções seriam compatíveis, por exemplo, com o princípio da capacidade contributiva, uma vez que o contribuinte realmente não praticou o fato gerador desse tributo, ou seja, não obteve efetivamente um acréscimo patrimonial nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”)?

Assim, o presente trabalho, ao mesmo tempo em que busca realizar um aprofundamento do tema, procura também propor algumas soluções (parâmetros mais objetivos) que possam ser levadas em consideração frente à temática da normalidade/anormalidade e face à fenomenologia da incidência da norma tributária. Para analisarmos os efeitos fiscais dessa anormalidade, parece ser imprescindível tratar da *possibilidade ou não* de o fisco colocar-se na posição de gestor para avaliar se o ato foi (ou não) anormal e, assim, negar ou aceitar os efeitos fiscais oriundos do ato.

Evidentemente que, nesse trabalho de aprofundamento, deve-se tomar, como de fato foi tomado, o cuidado necessário para não transpor institutos, conceitos e figuras do direito estrangeiro que não guardem qualquer compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aqueles que derivam de princípios e regras de direito constitucional, sejam eles de natureza civil, administrativa e, principalmente, tributária, uma vez que, pelo menos neste último campo, a CF de 1988 foi extremamente detalhista e exaustiva ao fixar a delimitação das competências outorgadas aos entes públicos.

2 – ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

Julgamos oportuno apresentar alguns esclarecimentos iniciais a respeito de certas premissas adotadas, assim como em relação à ordem e sequência de apresentação dos capítulos e pontos desenvolvidos ao longo do trabalho, a fim de que o leitor possa melhor se situar e, já de início, eliminar certas dúvidas e incertezas porventura existentes.

Em razão de o tema gerar reflexos principalmente na apuração do IRPJ, optamos por focar a maior parte do estudo a partir desse tributo, sem mencionar a Contribuição Social sobre o Lucro (“CSL”). Em que pese a base de cálculo da CSL, na prática, estar muito

próxima da base de cálculo do IRPJ, entendemos que não seria adequado mencioná-la no presente trabalho porque os desdobramentos implicados nessa menção poderiam levantar questões adicionais⁹ que desviariam o foco principal do estudo.

Pela mesma razão, apesar de entendermos que a prática conhecida como *preços de transferência* também se configura como um ato anormal de gestão, deixamos de comentá-la de forma específica e detalhada, porque também poderia resultar em um desvio de foco e, além disso, a complexidade dessas regras demandaria um estudo específico à luz das premissas adotadas neste trabalho.

Igualmente, os comentários apresentados em relação às bases de cálculo do ICMS e IPI no regime de interdependência não exploraram profundamente os detalhes desse regime e tiveram por escopo apenas indicar outras hipóteses de ato anormal de gestão disciplinados pela legislação tributária brasileira que não aquelas relacionadas ao IRPJ.

No que tange ao capítulo relativo à responsabilidade tributária, nossa análise foi direcionada especificamente para as sociedades por ações e sociedades por quotas de responsabilidade limitada, uma vez que a aplicação ou não do artigo 135 do CTN às demais sociedades demandaria um estudo à parte.

Quanto à ordenação e ao sequenciamento dos capítulos, pareceu-nos mais adequado, em primeiro lugar, apresentar o tema em si ao leitor para, em seguida, já tendo em mente os seus principais conceitos, problematizá-lo à luz da legislação e CF (“CF”) brasileiras. Assim, ao invés de iniciar a dissertação discorrendo abstratamente sobre os princípios constitucionais tributários, optamos por comentar os referidos princípios ao final, após os comentários acerca das questões específicas que foram levantadas e relacionadas ao ato anormal de gestão. O fato de essas questões e suas relações com os princípios constitucionais terem sido tratadas na parte final do trabalho não pretendeu, em hipótese alguma, diminuir a importância da CF, que está acima de qualquer lei complementar ou ordinária, assim como de quaisquer atos administrativos, desde o decreto até as instruções e portarias emitidas pela administração pública.

⁹ Como por exemplo, a aplicação ou não da regra de dedutibilidade de despesas operacionais na base de cálculo do IRPJ também para a CSL (artigo 47 da Lei nº 4.506/64).

CAPÍTULO II – ASPECTOS GERAIS RELACIONADOS À NORMALIDADE E À ANORMALIDADE NO DIREITO

1 – O NORMAL, O ANORMAL E SUA ARTICULAÇÃO COM O DIREITO

Antes de se definir o conceito de “ato anormal de gestão”, cabem algumas considerações com o objetivo de circunscrever o significado da palavra “normal” em contraposição àquilo que é considerado “anormal”. Para se ter uma ideia, a palavra “normal” aparece três vezes em nosso Código Civil (Lei nº 10.406/02), sendo a primeira delas para prescrever a anulabilidade dos negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de *diligência normal* (artigo 138)¹⁰, e as outras duas relacionadas ao *exercício normal de um direito* (artigo 153)¹¹ e à *execução normal de um serviço* (artigo 738).¹²

Já na legislação tributária, consolidada no Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (“RIR/99”), a palavra *normal* é utilizada dezoito vezes no singular (a maioria para qualificar a depreciação e obsolescência *normal* de bens do ativo imobilizado – imóveis, máquinas e equipamentos) e quatro vezes no plural, quando trata: (i) dos critérios para avaliação de estoques (*estoques normais* – artigo 298, III, cuja matriz legal é o artigo 14, § 5º do DL nº 1.598/77), (ii) das despesas *normais* dedutíveis para fins de apuração do lucro real (artigo 299, § 2º, com matriz legal no artigo 47, § 2º da Lei nº 4.506/64, (iii) taxa anual de depreciação (artigo 310, § 1º, com matriz legal no artigo 57, § 3º da Lei nº 4.506/64) e (iv) valor de bem em condições *normais* de mercado para fins de caracterização da distribuição disfarçada de lucros (“DDL”) – artigo 465, § 2º, com matriz legal no artigo 60, § 5º do DL nº 1.598/77. Isso sem falar nas milhares de vezes em que a palavra aparece, se fizermos uma rápida pesquisa, na legislação esparsa.

¹⁰ “Artigo 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

¹¹ “Artigo 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”

¹² “Artigo 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.”

Assim, parece-nos de fundamental importância investigar os diversos significados, costumeiramente, atribuídos às palavras *normal* e *anormal* para, em seguida, apresentar nossa definição específica, de maneira a evitar ambiguidades e consequentes desvios e equívocos de interpretação.

Nesse sentido, é oportuno destacar a explicação de Loschak (1999, p. 530), que chama a atenção, logo de início, para a polissemia dos termos ao afirmar que:

A palavra norma e, mais ainda, as palavras ‘normal’ e ‘normalidade’ estão hoje em dia em uso na linguagem corrente onde são empregadas de forma independente da que são usadas pelas linguagens especializadas. É preciso sobretudo insistir na polissemia desses termos, e na ambigüidade que os afeta, na medida em que eles podem explicar as interferências entre o campo da legalidade e aquele da normalidade, e esclarecer certos aspectos da formação das normas jurídicas.

De fato, definir o significado da palavra *normal* requer uma investigação mais ampla, não só em virtude de sua polissemia, mas também porque ela é frequentemente empregada por diversas áreas do conhecimento como a medicina, a psicologia, a sociologia, a filosofia, as ciências naturais e exatas de um modo geral, e, também, pelo direito. Uma tal investigação conduz-nos, obrigatoriamente, à origem dessa palavra, derivada de *norma*.

Segundo Houaiss e Salles (2001), a palavra *norma* vem do latim *norma* e é encontrada por volta do ano de 1670 com o significado de “regra, padrão”. Já para Lalande (1999), *norma*, em sua acepção latina, significa uma “esquadria formada por duas peças perpendiculares”. O substantivo gerou o adjetivo *normal* que, ainda conforme Houaiss e Salles (2001) data de 1836. Sua origem está ligada à sua forma latina *norma*, que significava “feito, tirado a esquadria (instrumento para traçar ângulos), p.ext., normal, conforme a regra”. No mesmo sentido, Lalande (1999), em seu vocabulário técnico e crítico da filosofia, aponta o primeiro significado da palavra *normal*: “perpendicular. Que não pende nem para a direita, nem para a esquerda; por conseguinte, que se mantém num justo meio”.

Etimologicamente, o adjetivo *anormal* surgiria então como aquilo que é contrário à norma (Lalande, 1999, p. 70). Encontramos em Houaiss e Salles (2001) as seguintes acepções para a palavra: “1. que se “desvia claramente de uma norma (diz-se de manifestação, comportamento, vivência, etc); 2. Que, ou o que está fora da norma; diferente, irregular; 3. Que ou o que gera surpresa ou inquietação pelo seu caráter imprevisto ou inexplicável; excepcional, insólito; 3.1 que ou aquele que apresenta desenvolvimento físico, intelectual ou mental defeituoso”.

Essas primeiras acepções das palavras normal e anormal explicam a tendência praticamente unânime da dogmática jurídica em aproximar o anormal do ilícito ou do abusivo, ou seja, daquilo que é *contrário à regra* ou se *desvia da regra*. Nesse sentido, Xavier (2001, p. 102), ao comentar a formulação de Klaus Tipke a respeito do abuso de direito, afirma que esse autor reconhece a existência de uma esfera mínima de liberdade para os particulares organizarem sua vida econômica, mas que o exercício desse direito deve ser “adequado”, “normal”, “razoável”:

[...] respeitar o direito de terceiros, entre os quais o Estado, de tal modo que se determinada solução negocial foi adotada com o fim de causar um dano a direito alheio, pela utilização de meios “inadequados”, “anormais”, “desrazoáveis”, tal direito deixa de merecer proteção, de tal modo que o terceiro prejudicado – o Estado – adquire legitimidade para aplicar por analogia a norma tributária que seria aplicável caso o particular tivesse exercido o seu direito de modo não abusivo, ou seja, ‘adequado’, ‘normal’, ‘razoável’.

Betti (2008, p. 523) utilizou a expressão *anormalidades do negócio jurídico* para nominar o Capítulo VII de sua “Teoria Geral do Negócio Jurídico” e equiparou claramente a anormalidade a uma patologia, a um vício do negócio jurídico.¹³ No mesmo sentido, Tôres (2003, pp. 336-337), ao comentar a visão de Louis Josserand, parece associar a anormalidade ao abuso de direito:

¹³ “§ 47. Classificação das anormalidades do negócio jurídico

Depois de termos analisado a estrutura e o funcionamento normais do negócio jurídico (caps. II e III), iremos, agora, analisar aquilo a que, em termos genéricos, se pode chamar os seus vícios: isto é, estudar-lhe a fenomenologia anormal, a patologia; para depois vermos (cap. VIII) se em que medida o negócio afetado por tais vícios, é mais ou menos idôneo para produzir os efeitos que seriam próprios do tipo a que pertence.”

Resgatamos nesse particular o ideário de Josserand sobre a teoria do abuso de direito subjetivo, para quem o “ato abusivo”, realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites legais tenham sido respeitados, é, todavia, contrário ao direito considerado em seu conjunto, na medida em que a normalidade do exercício delimita o abuso do direito (subjetivo), justificando-se como uma necessidade de evitar que o direito (subjetivo) tenha um alcance absoluto, ilimitado, portanto. (2003, pp. 336-337)

Entretanto, o significado do adjetivo normal foi sendo influenciado e modificado pelo seu uso nos diversos campos do conhecimento, principalmente na medicina e na sociologia, e daí surge uma terceira acepção, apontada por Lalande (1999, p. 737) no sentido “C” em seu dicionário, como parâmetro indicativo de uma *média* obtida por comparação:

C. É *normal*, no sentido mais usual da palavra, aquilo que se encontra na maioria dos casos de uma determinada espécie, ou o que constitui seja a *média*, seja o *módulo* de um aspecto mensurável. ‘A temperatura normal’ (= média das temperaturas observadas numa mesma data durante um grande número de anos). ‘Um fato social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada do seu desenvolvimento, quando se produz na média das sociedades dessa espécie, consideradas na fase correspondente de sua evolução’ *Durkheim, Regras do método sociológico*, 80.

No dicionário de filosofia de Abbagnano (2007, p. 837) nota-se a prevalência desse significado em relação à primeira acepção da palavra *normal*:

NORMAL (in. *Normal*; fr. *Normal*; al. *Normal*; it *Normale*) 1. Aquilo que está em conformidade com a norma.
2. Aquilo que está em conformidade com um hábito, com um costume, com uma média aproximada ou matemática, ou com o equilíbrio físico ou psíquico. Neste sentido, diz-se, por exemplo, ‘levar vida N’, para dizer uma vida segundo os costumes de certo grupo social, ou ‘tem peso N’ ou ‘altura N’, para dizer que tem peso ou altura correspondentes à média dos indivíduos da mesma idade, raça, etc, ou ‘mente N’, ‘um organismo N’, para indicar a boa saúde mental ou física. Este uso do termo não é completamente impróprio porque, embora as normas às quais se refere sejam obtidas de generalizações empíricas, são empregadas como critério de juízo e estabelecem uma ‘normalidade’.

Canguilhem (1990, p. 95) já denunciava esse outro sentido da palavra normal, em contraposição ao seu primeiro significado, qual seja, de comportamento conforme à norma. Segundo o autor, o sentido de *normal* enquanto vinculado à ideia de *generalidade de casos* seria um equívoco facilitado pela tradição filosófica realista, que via na generalidade a *perfeição realizada*:

O *Dictionnaire de médecine* de Littré e Robin define o normal do seguinte modo: normal (*normalis*, de *norma*, regra) que é conforme à regra, regular. A brevidade deste verbete num dicionário médico nada tem que possa nos surpreender depois das observações que acabamos de expor. O *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande é mais explícito: é normal, etimologicamente - já que *norma* significa esquadro - aquilo que não se inclina nem para a esquerda nem para a direita, portanto, o que se conserva num justo meio-termo; daí derivam dois sentidos: é normal aquilo que é como deve ser; e é normal, no sentido mais usual da palavra, o que se encontra na maior parte dos casos de uma espécie determinada ou o que constitui a média ou o módulo de uma característica mensurável. Na discussão desses sentidos, fizemos ver o quanto esse termo é equívoco, designando ao mesmo tempo um fato e ‘um valor atribuído a esse fato por aquele que fala, em virtude de um julgamento de apreciação que ele adota’. Fizemos ver, também, o quanto esse equívoco foi facilitado pela tradição filosófica realista, segundo a qual toda generalidade é indício de uma essência, toda perfeição, a realização de uma essência e, portanto, uma generalidade observável de fato adquire o valor de perfeição realizada, um caráter comum adquire um valor de tipo ideal.

A crítica de Canguilhem já estava apoiada na constatação de Lalande quanto à grande confusão que envolve o significado da palavra normal, porque “[...] ora designa um fato que se pode constatar cientificamente, ora um valor atribuído a esse fato por aquele que fala, em virtude de um juízo de apreciação que faz por sua conta.” (1999, p. 737). A valoração do fato por aquele que fala está ligada, segundo Lalande (1999, p. 737), à tradição filosófica realista, segundo a qual “[...] a generalidade observável é o sinal de uma essência ou de uma Idéia; a partir daí, o que é normal no sentido C, numa espécie determinada, pertence à Idéia desta espécie; e, como a perfeição de um ser consiste na realização da sua Idéia, este aspecto comum é, ao mesmo tempo, considerado um ideal, que é bom atingir.”

Lalande entende que não se deve relacionar o significado da palavra *normal* à ideia de média ou de grupo. Para o autor, “é normal o que é conforme a uma regra, mesmo que a existência dessa regra nos fosse conhecida apenas por uma experiência, e que o seu valor *a priori* fosse apenas *presumido*” (1999, p. 737). Prossegue em sua crítica afirmando que o critério da generalidade para a constatação da normalidade de um fato não implica que ele seja bom ou desejável, e justifica a sua afirmação com os seguintes exemplos (1999, p. 738):

Deve, portanto, notar-se bem que o caráter normal de um fato, se se entender por isso a sua generalidade, não implica de modo algum que ele seja bom ou desejável. É ‘normal’, no sentido C, que um perseguido apresente alucinações, que os comerciantes escondam dos consumidores a origem dos produtos que vendem e que lhes atribuam qualidades imaginárias; produz-se a cada ano certo número ‘normal’ de suicídios, de mortes por tuberculose ou alcoolismo: mas, para servir de ‘regra’, tal não será a melhor via.

Apesar de sua crítica, Lalande acaba por reconhecer que a relação estabelecida entre a palavra *normal* e *média*, geradora da ideia de generalidade, tornou-se tão usual que é impossível proscrevê-la e, nesse sentido, afirma que, o que é necessário é “[...] não transformar o que ocorre na média ou na maioria dos casos num tipo ideal daquilo que deve ocorrer.” (Lalande, 1999, p. 738)

De fato, a relação da palavra normal com o conceito de média, grupo e, portanto, de comportamento de maioria, assim como de habitualidade, é tão forte que acabou prevalecendo não só no campo da sociologia, mas também na medicina, nas ciências exatas e também no direito.

Dessa forma, o *normal* aproxima-se do *geral*, ou seja, o comportamento normal seria aquele adotado pela generalidade dos indivíduos de uma sociedade, pressupondo, portanto, a existência de um grupo e, conseqüentemente, de um comportamento dominante - aquele que é adotado e aceito pela maioria do mesmo grupo. O conceito de comportamento dominante traz em si não só a ideia de maioria, mas também de *repetição*, de *uso contínuo*, *corrente* e daí o fato de considerar-se que um comportamento normal também é aquele *habitual*, ou seja, que é confirmado pela frequência com que é adotado no curso do tempo.

Nesse sentido, confira-se a lição de Telles Junior (2006, p. 205), para quem o adjetivo *normal*:

[...] designa, fundamentalmente, o caráter *usual* ou *comum* de um procedimento ou de um estado (= de uma maneira de ser estável). Procedimento ou estado *normal* é procedimento ou estado *usual* ou *comum*, ou seja, procedimento ou estado conforme às práticas habituais, aos movimentos rotineiros, ou aos padrões estabelecidos; conforme, em suma com o que é *corrente* e *regular*. É procedimento ou estado *não excepcional*.

Telles Junior distingue ainda aquilo que é normal no mundo ético, isto é, no mundo do comportamento humano, daquilo que é normal no mundo físico. Para esse jurista, o normal no mundo do comportamento humano somente pode ser considerado como usual ou comum à luz de um sistema dominante de referências e concepções acerca daquilo que é permitido ou proibido, enquanto que a normalidade no mundo físico somente pode ser concebida em função daquilo que é observado repetidamente no âmbito das Ciências da Natureza (Telles Junior, 2002, p. 17).

Mas, em ambos os casos, a normalidade/anormalidade será sempre relativa. No caso do mundo ético, um comportamento será normal ou anormal na medida do grau e velocidade em que as concepções dominantes forem sendo modificadas e, no de um mundo físico, a partir de novas observações e constatações antes não consideradas na avaliação de determinado fenômeno.

Assim, de acordo com o autor:

[...] o normal e o anormal não podem ser considerados como qualidades absolutas. O normal é normal relativamente ao sistema de convicções tido como dominante; mas o anormal é, muitas vezes, normal, relativamente a um sistema de convicções que hoje ainda não é o sistema dominante, mas que amanhã poderá vir a sê-lo. (...) Cumpre observar que a anormalidade se define por oposição à normalidade, enquanto a normalidade se define pela sua conformidade com as concepções e convicções vigentes e predominantes. (*Idem*, p. 18)

Nessas passagens das obras de Telles Junior, já se observa um significado mais amplo e sofisticado para o adjetivo normal. Mais amplo porque, ao lado do critério de generalidade de grupo utilizado pela sociologia, acrescenta-se a *usualidade*, o *hábito* e, portanto, a *repetição* de que falamos anteriormente. É normal, como vimos, aquele comportamento que é consagrado pelo uso contínuo, forjando-se, aí, a ideia de comportamento habitual como sinônimo de comportamento normal. E sofisticado porque *relativiza* a normalidade na medida em que a associa ao *sistema de concepções dominantes* em uma dada época e local, ou seja, o que é anormal hoje pode ser normal amanhã e vice-versa.

Contudo, quando passamos a articular as significações vindas de outras áreas do conhecimento com o direito, a tentativa de definir, juridicamente, o normal e o anormal requer uma análise mais complexa e, ao mesmo tempo, muito particular, devido às variações de sentido que um ou outro desses dois termos assume nos textos normativos, seja quando são empregadas expressões sinônimas ou de significado aproximado, seja quando os próprios textos legais lhes atribuem um significado próprio.

Além disso, outras questões relacionadas à teoria geral são levantadas, como aquela apresentada por Loschak (1999, p. 535): quando o direito regula determinada conduta, ele assimila e sanciona como *legal e normal* um comportamento previamente existente e aceito pela generalidade dos indivíduos de uma sociedade *ou* indica um modelo de comportamento desejado e, portanto, atua como modelo, como um indicador de padrão a ser seguido, daquilo que seria uma *normalidade desejada*? Neste particular, parece-nos que essas funções do direito não são excludentes e que ele opera nos dois campos. Sabemos que, de um modo geral, o direito está um passo atrás quando comparado à evolução do homem e da sociedade, com suas novas tecnologias, novos hábitos e costumes e, dessa forma, como que aguarda a *normalização* do comportamento na esfera social para torná-lo objeto de uma norma jurídica.

Mas também sabemos que existe uma infinidade de normas que incentivam determinados comportamentos, *induzindo* a sociedade a seguir um caminho que implique na evolução para um determinado estado de coisas ou situação *ideais*, aquelas que são desejadas pelo Estado e que, acredita-se, contribuirão para o bem comum. Um exemplo típico são as

normas constitucionais programáticas, que indicam preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, mas que dependem de lei para sua execução.

Todas essas questões dificultam, senão impossibilitam que seja dada uma resposta única, capaz de cobrir todas as variações de sentido e implicações decorrentes do uso das palavras normal/anormal pelo direito e, por isso, julgamos oportuno tomar como referência o brilhante ensaio de Loschak (1984), intitulado “Direito, normalidade e normalização”, que agrega muito à compreensão dos aspectos de teoria geral ligados ao tema.

2 – DIREITO, NORMALIDADE E NORMALIZAÇÃO: A VISÃO DE DANIELE LOSCHAK

Mesmo na França, onde o problema da normalidade no direito foi e tem sido estudado, não só pela escola sociológica (Foucault e Durkheim), mas também por tributaristas e civilistas, não encontramos um trabalho de fôlego que tenha tocado o tema sob o ponto de vista de uma teoria geral, com exceção de Danièle Loschak e, por essa razão, julgamos oportuno comentar o ensaio dessa autora para uma compreensão mais ampla e profunda do assunto.

A professora da Universidade de Amiens inicia seu estudo situando a norma sob dois pontos de vista: o do *dever ser* e o do *ser*. A norma enquanto *dever ser* representa um ideal, um modelo a ser observado, e a norma enquanto *ser* refere-se a um estado habitual, conforme a maioria dos casos, trazendo à tona a noção de média.

A partir de tal constatação, Loschak afirma que o direito tem uma dupla dimensão, tomando como referencial a sua *eficácia*: ao mesmo tempo em que é *instrumento normativo* responsável pela regulação da vida em sociedade através da proibição, permissão ou obrigatoriedade de comportamentos, ele se impõe como *discurso descritivo* que influencia as *representações coletivas* da sociedade. Assim, por carregar consigo essas duas forças, uma como *instrumento normativo* e outra como *discurso descritivo*, o direito acaba se tornando um fator de normalização não só pela uniformização dos comportamentos, mas também dos modos de pensar através do *inculcamento de valores dominantes na sociedade*. Nas palavras da própria autora:

No entanto, a eficácia do direito não se mede somente com a efetividade de suas regras, ela não depende unicamente da capacidade que as autoridades encarregadas da aplicação do direito têm de fazer para que essas regras sejam respeitadas na prática, graças à ameaça mais ou menos implícita da coerção. Há também o interesse em uma influência mais difusa, menos discreta, sobre as representações coletivas. A força motriz do direito não reside apenas em uma violência física extrínseca; ela se origina também na força própria do discurso: o direito é uma palavra que se impõe como legítima, como verdadeira, bem além do círculo restrito daqueles aos quais cada uma de suas normas, tomadas isoladamente, se aplicariam. Instrumento normativo e prescritivo, que estabelece normas e que cuida para que sejam respeitadas, o direito é também discurso, discurso referencial que pretende descrever a realidade ao mesmo tempo em que a rege. Como ele impõe e ordena, ele é a garantia da normalidade instituída, uma vez que assegura a reprodução dos comportamentos considerados normais; mas simultaneamente indica onde está a normalidade, veicula e inculca uma certa idéia do normal, de modo que a regra jurídica, transformada em padrão, em medida da normalidade, contribui para que se aceite como normais certos comportamentos, ou, inversamente, para que se desqualifiquem outros, considerados doravante anormais.

[...]

É essa dupla dimensão do direito, ao mesmo tempo instrumento normativo e discurso descritivo, que lhe confere sua eficácia como fator de uniformização dos comportamentos, mas também dos modos de pensar como vetor de inculcamento de valores dominantes e, por fim, como instância de normalização. (Tradução nossa)

Adotando como premissa essa dupla dimensão do direito, a autora passa então ao aprofundamento de cada uma delas. Acompanhemos.

2.1 – O direito enquanto instrumento normativo

O direito enquanto instrumento normativo foi focado por Loschak em sua *função de codificação*, considerando duas possíveis ordens do Estado: a *ordem jurídica liberal* e a *ordem jurídica totalitária*.

Na ordem jurídica liberal o direito não teria outra função senão tornar possível a vida em sociedade, limitando-se a fixar limites às ações possíveis dos indivíduos, dizendo mais o que *não se deve fazer* do que o que se *deve fazer*. Seria o que Foucault qualificou de

poder jurídico discursivo, apto somente a colocar limites e proibições, segundo a regra máxima do direito: “Tudo é permitido, exceto o que é proibido”, regra essa que não se aplica ao Estado enquanto autoridade, onde há uma inversão: ao Estado só é permitido o que a lei expressamente dispõe.

Já na ordem jurídica totalitária o direito não deixaria frestas para manifestação da autonomia individual. A codificação integral das condutas nessas ordens transforma o direito de *instrumento normativo* para verdadeiro *vetor de normalização*, no sentido de que ele não visa mais tanto impor o respeito de um número limitado de regras, mas sim obter de cada indivíduo um comportamento padronizado, conforme um modelo predeterminado considerado como o ideal. A autora lembra que, para Foucault, a ordem jurídica totalitária traduziria a passagem para novos procedimentos de poder que funcionariam não mais com a lei e a obediência, mas com a normalização e o controle. Aqui a regra do direito é invertida: nada é permitido além do que o direito dispõe. E, ao Estado, vale a norma: tudo é permitido, exceto o proibido.

Vejamos a seguinte passagem de Foucault, que concebia a norma como um instrumento do poder para a construção daquilo que ele denominou de *sociedade de normalização*:

Que, atualmente, o poder se exerça ao mesmo tempo através desse direito e dessas técnicas, que essas técnicas da disciplina, que esses discursos nascidos da disciplina invadam o direito, que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, é isso, acho eu, que pode explicar o funcionamento global daquilo que eu chamaria uma ‘sociedade de normalização’. (Foucault, 2005, p. 46)

Esta visão, contudo, baseada na distinção entre ordem jurídica liberal e ordem jurídica autoritária, como reconhece a própria autora, já não é suficiente na medida em que - além de não existir, na realidade concreta, uma ordem capaz apenas de impedir, proibir e censurar (liberal), ou que seja capaz de uma normalização disciplinar total (autoritária) - os próprios sistemas jurídicos liberais estão sendo minados a partir de seu interior mediante a profusão cada vez maior de normas.

A respeito da profusão de normas relativas ao Imposto sobre a Renda, vale a memorável menção de Becker (1989, p. 7):

[...] As leis do imposto de renda são alteradas – contínua e mensalmente – por outras leis, decretos-leis, portarias ministeriais, pareceres normativos e outros atos de órgãos governamentais. A proliferação dessas alterações é tão rápida e contínua que o Governo não se dá mais ao trabalho de consolidar tudo em um novo Regulamento do Imposto de Renda, cuja sigla, hoje, é uma ironia: RIR.

Se essa afirmação já era verdade há mais de trinta anos, na atualidade ela assume a condição de verdadeiro dogma representativo de sistemas jurídicos hipernormatizados e, conseqüentemente, hipercomplexos.

2.2 – O direito enquanto discurso da normalidade

Já o direito enquanto *discurso*, é enfocado por Loschak como *descritivo da normalidade* e, portanto, incidente sobre as *representações coletivas*, como já comentamos anteriormente. O direito enquanto discurso descritivo da normalidade operaria através de uma espécie de *interiorização* das normas jurídicas nos indivíduos, “[...] a ponto de fazê-los acreditar estar agindo livremente e se comportarem espontaneamente com o que se espera deles [...].” Ainda segundo a autora, “Nessa dimensão, o direito não fala alto: ele não proclama grandes princípios abstratos aos quais aderimos por impulso consciente e voluntário; ele se limita a fornecer uma série de indicações concretas que regem de modo quase prosaico e mundano a existência cotidiana e acaba impondo como normais e naturais certos jeitos de viver, agir e pensar.”

Os exemplos fornecidos por Loschak apenas reforçam o acerto e coerência de seu raciocínio: assim como no revogado Código Civil brasileiro (artigo 233)¹⁴, o Código Civil francês não dizia que a mulher era inferior ao homem, mas apenas indicava que o marido era

¹⁴ Artigo 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

o chefe da família. Da mesma forma, o artigo 337¹⁵ do mesmo código, não proibia o cônjuge de ter filhos fora do casamento, mas somente reconhecia como legítimos aqueles concebidos na constância do casamento.

Loschak finaliza o tópico com mais um exemplo: não é condenando estupradores ou racistas que a sociedade conseguirá extirpar esses males, porém, a condenação de um estuprador ou racista tem uma finalidade pedagógica, qual seja, mostrar que certas condutas são proibidas porque a sociedade não as reconhece como normais:

Não é condenando os autores de estupros ou de delitos racistas que se conseguirá extirpar os males da sociedade; mas toda acusação e/ou condenação nesses domínios tem uma finalidade pedagógica: vem mostrar publicamente a todos - e não somente àqueles que são objeto dos processos - que as condutas incriminadas são fora-da-lei, que a sociedade não as reconhece como normais. E esse aspecto pedagógico é ainda mais importante nos exemplos escolhidos porque, ao contrário de outros crimes ou delitos, como assassinato ou roubo, o estupro e o racismo não são espontaneamente percebidos como ilegítimos pela opinião dominante (masculina, francesa e branca...): a lei não está aqui em posição de repetição em relação às ideias recebidas, ao que é óbvio, mas tende a ajustar comportamentos, a inculcar novas imagens e novos valores. (Tradução nossa).

Em seguida, a autora passa a tratar da *normalidade no direito*, para designar as situações em que na redação da própria norma jurídica já há a incorporação das palavras normal e anormal, bem como outras de significação aproximada.

2.3 – A normalidade no direito

Segundo Loschak, o direito, muitas vezes, também assimila o normal à literalidade dos textos legais e acaba deixando para o juiz o encargo de avaliar se a conduta é normal ou anormal à luz das circunstâncias que cercam o caso concreto.

¹⁵ Artigo 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (artigo 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé. (revogado pela Lei n° 8.560/92).

Basta lembrar, conforme dito no início deste capítulo, que a palavra “normal” é citada três vezes em nosso Código Civil (artigos 138, 153 e artigo 738) e vinte e duas vezes no RIR/99, isso sem mencionar as milhares de vezes em que ela é mencionada na legislação esparsa.

O *normal* também aparece na literalidade dos textos legais *disfarçado* pelo uso de outra palavra. É o caso, por exemplo, do artigo 153 da Lei nº 6.404/76, praticamente reproduzido no artigo 1.011 do Código Civil, segundo o qual o administrador de companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. Assim, quando utiliza a expressão *todo homem ativo e probo*, a lei indica um critério de generalidade, a conduta que de um modo geral se espera de um homem zeloso e diligente, em suma, do homem médio.

Nesses casos, segundo Loschak, também é possível identificar o direito em sua dupla dimensão (descritiva e normativa), devido à incorporação de uma conduta já usual e assimilada pela sociedade:

Provavelmente existem diversas hipóteses em que a regra de direito manifesta abertamente sua visão instituidora e normativa; mas também tem muitas outras, igualmente numerosas, em que a duplicidade do direito é facilmente discernível. Ela é particularmente evidente cada vez que o legislador ou o juiz recorrem a padrões, que vemos na linguagem jurídica pelo uso da palavra “normal” e de suas derivadas, ou ainda de seus substitutos ou equivalentes funcionais: anormal, excepcional, especial, excessivo, abusivo, exorbitante, razoável, suficiente, grave (como a injúria ou o erro), manifesto...- tantas noções entre outras que indicam a referência a uma norma média de comportamento, a uma situação ou conduta conforme ao tipo mais frequente, e aos quais sua incorporação à regra de direito fez produzir efeitos jurídicos. A normalidade à qual esses padrões se referem, explícita ou implicitamente, sempre comporta uma dupla dimensão descritiva e normativa, tal como os padrões são, eles mesmos, necessariamente ambivalentes, oscilando entre uma pretensão descritiva e uma intenção normativa. (Tradução nossa)

É preciso ressaltar que o direito também articula-se com as normalidades/anormalidades verificadas nas ciências biológicas, físicas e naturais e adota esses padrões como limites, ora para regular condutas, ora para definir a fronteira do lícito e

do ilícito. Um exemplo, a medição da quantidade de álcool no organismo de um indivíduo serve para indicar se ele está em um estado psíquico normal, apto a dirigir um veículo sem colocar em risco a si próprio e terceiros e distingue uma conduta lícita de uma ilícita, a partir do que o direito vier a dispor, independentemente da real circunstância de o motorista estar ou não apto a dirigir um veículo em condições normais (outros fatores podem estar comprometendo a situação).

Em contrapartida, o direito também pode ignorar essas normalidades/anormalidades e impor a sua: a normalidade/anormalidade jurídica. Um exemplo, no direito tributário, são as regras relativas ao cálculo da depreciação de bens para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ: ao mesmo tempo em que a legislação admite a dedução, como custo ou encargo, da importância correspondente à diminuição do valor dos bens do ativo resultante de sua *obsolescência normal*¹⁶ e em função do seu prazo de vida útil em condições *normais* ou *médias*¹⁷, ela também se afasta desses padrões de normalidade física (inerente aos efeitos do tempo sobre os bens e de seu uso normal) para permitir a utilização de taxas de *depreciação acelerada* de bens em contraposição à *depreciação normal*.¹⁸

Retomemos o raciocínio. Essa assimilação, pelo direito, do significado de normal e anormal vindo das demais ciências, especialmente as exatas e biológicas, também não passou despercebida a Loschak, que entende essa assimilação como uma *dissolução do normativo na normalidade*, uma vez que, nestes casos, o direito perderia sua dimensão normativa e passaria apenas a chancelar e a submeter-se às constatações científicas. Da mesma forma, o juiz passa a fundamentar suas decisões não só do ponto de vista da lei, mas das outras normas vindas das demais ciências, quando biólogos, físicos, médicos e psiquiatras

¹⁶ “Artigo 57. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à diminuição do valor dos bens do ativo resultante do desgaste pelo uso, ação da natureza e obsolescência normal” (Lei n° 4.506, de 1964, artigo 57).

¹⁷ “§ 3° - A Secretaria da Receita Federal publicará periodicamente o prazo de vida útil admissível, em condições normais ou médias, para cada espécie de bem, ficando assegurado ao contribuinte o direito de computar a quota efetivamente adequada às condições de depreciação de seus bens, desde que faça a prova dessa adequação, quando adotar taxa diferente” (Lei n° 4.506, de 1964, artigo 57, § 3°).

¹⁸ “§ 5°. Com o fim de incentivar a implantação, renovação ou modernização de instalações e equipamentos, poderão ser adotados coeficientes de depreciação acelerada, a vigorar durante prazo certo para determinadas indústrias ou atividades” (Lei n° 4.506, de 1964, artigo 57, § 5°).

§ “6° - O total da depreciação acumulada, incluindo a normal e a acelerada, não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem” (Lei n° 4.506, de 1964, artigo 57, § 6°).

deverão dizer se algo, um evento natural ou a conduta de um indivíduo, é normal ou anormal segundo os critérios dessas mesmas ciências.

Essa *tecnicização* do direito, conforme a referida autora, poderia reforçar a crença na veracidade de sua mensagem e na objetividade de suas normas, porém, ainda segundo ela, “[...] essa nova legitimidade está acompanhada de uma perda da substância propriamente jurídica, o que talvez anuncie seu declínio irreversível como meio de regulação social.” (tradução nossa)

Feitas essas considerações, e deixando à parte quaisquer considerações sobre o declínio do direito a que se referiu Loschak, nos parece importante agora comentar o tema relacionado à padronização de condutas, que vem ganhando especial relevo no direito tributário, como meio de simplificar a execução da norma tributária e eventual relação dessa padronização fiscal com o tema objeto deste trabalho.

3 – NORMALIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO E NO DIREITO SOCIETÁRIO

O problema da articulação do direito com o normal e o anormal traz à tona também outra questão, de todo pertinente, que diz respeito à padronização no direito tributário. Já vimos que o direito ostenta uma função *normalizadora* quando busca trazer condutas potencialmente desviantes das concepções generalizadas de uma dada sociedade para o campo da normalidade.

De fato, quanto ao direito positivo brasileiro, não nos parece inadequado afirmar que as normas de natureza societária e tributária, que regulam transações entre partes vinculadas, possuem também uma função normalizadora enquanto definidoras de padrões. Em uma sociedade de economia capitalista, o que se espera normalmente das transações e trocas comerciais é a obtenção de uma vantagem por parte daquele que vende um produto ou serviço a terceiros, vantagem essa que posteriormente poderá resultar em lucro. Por isso que a

lei das sociedades anônimas, apesar de permitir que a empresa tenha qualquer objeto social (desde que lícito), circunscreve a sua finalidade à obtenção de lucro.¹⁹

Todavia, observa-se que quando se trata de negócios entre partes vinculadas, não há a independência suficiente entre elas, motivo pelo qual os cânones capitalistas cedem espaço para uma possível manipulação das condições do negócio em conformidade com um interesse diverso que não seja a obtenção de uma vantagem para a companhia. Assim, no âmbito do direito societário, o artigo 245 da Lei n° 6.404/76 determina que os negócios entre sociedades coligadas, controladas ou controladoras devem observar condições *comutativas*²⁰. E, no âmbito tributário, as normas relativas à DDL (artigo 60 e incisos do DL n° 1.598/77) elegem os “parâmetros de mercado” como medida de normalidade nos negócios praticados entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ou jurídicas a ela relacionadas. Tanto assim que o artigo 60, § 2° do referido diploma legal exclui a “presunção” de DDL quando provado que o negócio foi realizado de acordo com o interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas.²¹

A propósito da DDL, cabe destacar que, na visão de Mariz de Oliveira (2008) e também na nossa, ela foi um verdadeiro ensaio para introdução, no Brasil, das regras relacionadas aos *preços de transferência* (Lei n° 9.430/96), que incidem sobre transações entre pessoas jurídicas vinculadas, quando uma delas está localizada no exterior e a outra em território nacional.

O princípio subjacente às normas de preços de transferência é conhecido como *at arm's length* que, em tradução literal, significa “a um braço de distância”, ou seja, as transações entre pessoas jurídicas relacionadas devem observar métodos de apuração de custos, margens de lucro e condições de negociação, tal como se estivessem negociando com terceiros, e, portanto, em “condições normais” de mercado, ou seja, as mesmas condições observadas na contratação com terceiros não vinculados.

¹⁹ Artigo 2° - Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

²⁰ Artigo 245 - Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

²¹ § 2° - A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.

Caliendo (2005, p. 499) observa que o princípio *arm's lenght* encontra-se incorporado, no direito brasileiro, por meio dos artigos 7º e 9º das convenções firmadas pelo Brasil para evitar a dupla tributação e seu fundamento, de acordo com a doutrina nacional, seriam os princípios da igualdade, generalidade (no caso do IRPJ), livre concorrência e capacidade contributiva.

Os fundamentos do princípio do “agente independente” (*arm's lenght principle*) têm sido encontrados, segundo a doutrina brasileira, em princípios diversos, tais como no princípio da igualdade, no da livre concorrência, da generalidade ou da capacidade contributiva. Desse modo, tem-se entendido que o princípio do “agente independente” (*arm's lenght principle*) decorre dos princípios:

- da *igualdade*, conforme Luís Eduardo Schoueri, visto que permitiria um tratamento isonômico entre os contribuintes;
- da *generalidade*. Segundo Heleno Tôrres, o princípio do “agente independente” (*arm's lenght principle*), antes de decorrer do princípio da igualdade, decorre do princípio da generalidade (artigo 153, § 2º, I, da CF/88), na medida em que devem participar do âmbito de competência *ratione personae* do Imposto sobre a Renda, nos limites impostos pelo princípio da capacidade contributiva;
- da *livre concorrência*, visto que esse princípio objetiva manter as condições de concorrência entre os diversos agentes no mercado. Tal entendimento encontra, contudo, um fundamento ‘extrafiscal’ para esse tributo;
- da *capacidade contributiva*, visto que esse princípio determina que os contribuintes com mesma capacidade econômica sejam tributados da mesma maneira. (Caliendo, 2005, pp. 501-502)

Essa função *normalizadora* (reguladora, generalizante) do direito, particularmente no que pertine aos tributos que incidem sobre a renda e o lucro, repita-se, deve ser entendida no contexto de uma economia capitalista, onde o normal é que as trocas entre os agentes econômicos e as corporações visem sempre a obtenção de uma vantagem que lhes propicie a geração de lucro. Portanto, quando partes vinculadas transacionam, existe a possibilidade de desvios no tocante à generalidade prevalecente nas relações econômicas do grupo social em que elas se inserem, de modo que, com essas normas, o direito tributário procura tratá-las segundo uma situação *de normalidade* presumida ou estatuída. Note-se que a operação mesma

não sofre nenhuma alteração: o seu tratamento é que é alterado no âmbito particular do direito tributário.

Os fundamentos constitucionais não são outros se não aqueles sintetizados por Caliendo (2005, pp. 501-502), em especial os princípios da igualdade e da generalidade (no caso do IRPJ), mas sempre e essencial é o princípio da legalidade estrita, sem o qual os outros seriam inócuos e inaplicáveis.

Finalmente, parece-nos importante destacar também a relação entre normalização e padronização, face à atenção que a doutrina brasileira tem dispensado a este último termo no estudo das normas de simplificação e exequibilidade tributária e enquanto articulado com o conceito de *tipo*. De fato, segundo Costa a simplificação na execução das leis tributárias decorre do chamado “modo de pensar tipificante” de origem alemã, que identificaria no *tipo* um *padrão*. Segundo essa autora:

Vimos que no direito tributário o termo ‘tipo’ adquiriu tal significado para designar o que os alemães denominam de ‘administração simplificadora da lei’ ou ‘modo de pensar tipificante’, ou seja, o método de aplicação do Direito desenvolvido pela Administração, especialmente a Tributária, com a finalidade de facilitar a execução das leis fiscais.

Em outras palavras, trata-se de expediente consistente no desprezo das diferenças individuais na aplicação da lei – cuja apreciação, em casa caso, seria de rigor –, tendo em vista que a tarefa se revelaria excessivamente difícil ou onerosa para a Administração. Uma autêntica generalização na aplicação da lei, considerando-se ‘médias’ ou ‘padrões’, de modo a viabilizar a execução da lei tributária.

Então, o termo ‘tipo’ é empregado no direito tributário também no sentido de ‘padrão’ (Costa, 2009, p. 43)

A questão também é levantada por Ávila (2005) quando examina a substituição tributária e pautas fiscais. Com efeito, embora não enfocando a matéria específica da normalização, o referido autor, também baseado na doutrina alemã, situa o problema da substituição tributária em termos de *praticabilidade* vinculada à *padronização* “[...] assim entendida aquela tributação que desconsidera os dados concretos do caso e dimensiona os elementos da obrigação tributária com base em valores estimados por critérios de verossimilhança (*Wahrscheinlichkeitsgesichpunkten*)” (2005, p. 124). Em ambos os casos,

revela-se o abandono às circunstâncias materiais da situação concreta envolvendo necessariamente uma presunção padronizada por critérios postos na norma reguladora do padrão.

Essa desconsideração das circunstâncias concretas do caso, segundo o autor, estaria baseada na distinção entre *justiça individual* e *justiça geral*, sendo esta última baseada na generalidade daquilo que *normalmente* ocorre, o que obriga o legislador a adotar o *caso padrão*:

2.1.2.1.2 [...] Isso porque, enquanto a operação normal, cujo fato gerador é uma operação já ocorrida e a base de cálculo o seu valor, funda-se na *justiça individual*, em razão de o legislador avaliar as particularidades concretas da situação real, a operação com substituição baseia-se na *justiça geral*, porque o legislador opta por desconsiderar o caso que realmente ocorre em favor da consideração daquele que *normalmente* ocorre.

2.1.2.1.3 Quando, porém, o legislador opta por enfatizar a justiça geral, obriga-se, com isso, a considerar o caso padrão (*Normalfall*), assim entendido aquele que reflita *concretamente* a média dos casos reais. Isso porque, na tributação padronizada, não se abandona a realização do princípio da igualdade, tão-só se modifica o seu espectro de concretização: enquanto na tributação não orientada por finalidade simplificadora privilegia-se a realização da igualdade individual por meio da valorização da capacidade contributiva concreta de um caso, na tributação padronizada opta-se pela efetivação da igualdade geral mediante consideração de elementos presumidamente presentes na maior parte dos casos. Em outras palavras, a padronização, em vez de meio de abandono do princípio da capacidade contributiva, é instrumento para sua concretização na maioria dos casos. A simplificação e a economia de gastos são causas eficientes e conseqüências desejadas, mas o fim é a realização eficiente da igualdade geral. Em vez de encontrar a capacidade concreta para contribuintes *particulares* em condições *particulares*, são criadas regras que generalizam uma *classe* de contribuintes numa *classe* de condições. (Ávila, 2005, p. 124)

De fato, segundo Houaiss (2001) *padronizar* significa “estabelecer o padrão de; submeter à padronização; uniformizar” enquanto *normalizar* possui os seguintes significados: “1. fazer voltar ou voltar ao estado normal, à ordem; regularizar. 2. estabelecer norma (s) para; normatizar, padronizar uniformizar”. Assim, o termo também envolve as normas técnicas firmadas como padrão profissional e estabelecidas através de consenso, dentre os quais os padrões de pesos e medidas já tornadas universais pelo uso consensual dos peritos e *experts*.

Nota-se que, realmente, há uma aproximação no campo semântico entre os verbos *normalizar* e *padronizar*, a qual não se verifica apenas na língua portuguesa. Em francês, *padronizar* pode ser considerado sinônimo de *normalizar* e, essa identidade, manifesta-se não só quando consultamos os léxicos, mas também na doutrina que comenta o significado da palavra *normalização*. Com efeito, verifica-se em Parnet (1999, pp. 538-539) que, apesar de certas oscilações de significado, a normalização mantém um forte denominador comum com a padronização, que é a relação de ambas com o conceito de média ou de ótimo/eficiência (no caso dos padrões técnicos). Após comentar um primeiro sentido, qual seja, a normalização como processo que modela e tende a igualar o comportamento dos indivíduos, afirma o referido autor que:

O vocábulo aparece a seguir no campo jurídico com um efeito de sentido vizinho, embora se passe do implícito do processo ao explícito da regulamentação, já que, aqui, a normalização pode ser definida como o planejamento dos comportamentos individuais segundo um tipo (médio) definido regularmente. É nesse sentido que Canguilhem o emprega para designar a unidade do sistema de normas em uma determinada sociedade (*Le Normal et le pathologique*, 1966, pp. 181-184)

[...]

Vê-se bem aí, como o vocábulo examinado oscila de um valor semântico que ele recebeu de uma definição da norma como modelo exterior ao qual, o objeto aqui, o sujeito e seus comportamentos lá, devem se conformar a um valor semântico que provém de sua derivação de *normal*, entendido como um ponto de equilíbrio médio. F Ewald, ao comentar Quételet, dá perfeitamente conta desse efeito de sentido quando ele escreve: 'A normalização, ligada à noção de homem médio, é de um outro tipo; ela passa por uma outra forma de padronização. Não se parte mais de indivíduos tomados um a um, para mensurá-los numa escala de capacidades. Parte-se da massa, da própria coletividade, e é em função de sua própria normalidade que se faz a classificação: não mais em uma ordem hierárquica, de 1 a 10, mas de acordo com desvios em relação a uma média que não indica o mínimo a atingir, mas o tipo do grupo'.

Verifica-se desse modo que, no âmbito do direito, tanto a *padronização* dos alemães, quanto a *normalização* dos franceses têm em comum a ideia de equiparação de condutas por meio do uso de médias. Mas os verbos *normalizar* e *padronizar*, embora mantenham alguma semelhança no campo semântico, podem assumir significados diferentes do ponto de vista pragmático, ou seja, quando do seu emprego pelos utentes da linguagem.

Assim é que o verbo *normalizar* geralmente é empregado em referência a um estado anterior e, portanto, implica e pressupõe o *retorno* a um estado de coisas preexistente, como indica novamente Parnet (1999, p. 538) ao utilizar o exemplo da invasão soviética na Tcheco-Eslováquia:

Finalmente, em 1968, depois da invasão soviética na Tcheco-Eslováquia, o termo aparece no campo político para designar a retomada do domínio sobre a sociedade tcheco-eslovaca, que pretendia afastar-se do modelo de organização social soviético: um acordo celebrado, com respeito às medidas a serem tomadas para a normalização, a mais rápida possível da situação na República Tcheco-Eslovaca (Comunicado do dia 28 de agosto de 1968 sobre as conversações soviético-tcheco-eslovacas, distribuído pela agência Tass, *Le Monde*, 29 de agosto de 1968). Essa acepção irá se difundir na utilização sócio-política a ser aplicada a qualquer processo de resolução de uma crise que afete um grupo social, qualquer que seja sua dimensão.

Já o substantivo *padronização*, embora possa se relacionar com o passado enquanto base para o cálculo de uma média, não é utilizado para significar o *retorno* a uma dada situação de fato ou estado de coisas. Não se diz que uma rebelião em um presídio será contida e a situação será padronizada, mas sim, *normalizada*, ou seja, voltará ao *status quo ante*. Se há interrupção no fornecimento de água ou energia elétrica, é mais comum dizermos que tão logo os problemas forem identificados e resolvidos o fornecimento voltará ao *normal* (e não *voltará ao padrão*) ou serão *normalizados* e não *padronizados*. Igualmente, e para dar um exemplo no direito tributário, não se diz que a pauta fiscal de valores para fins de apuração dos tributos devidos por substituição tributária foi ou será *normalizada*, mas sim *padronizada*, assemelhando-se, de certa forma, às normas técnicas de aferição e medidas.

Exploramos a relação entre padronização e normalização com o objetivo de identificar de maneira mais clara os distanciamentos e os pontos em comum entre essas duas expressões, tanto em sua forma verbal, como substantiva, de maneira a elucidar os seus significados tendo em conta o contexto em que são utilizadas. Em resumo, quando se fala em *padronização* pode-se também estar falando em *normalização* enquanto medida de equiparação de determinados indivíduos pertencentes a um determinado grupo social e de observância de normas técnicas uniformes e universalmente adotadas. Mas, além disso, a

palavra *normalização* pode também significar o retorno a uma situação de fato anterior, distanciando-se, neste aspecto, daquilo que se costuma chamar de *padronização*.

Para finalizar o capítulo – devido à multiplicidade de áreas de conhecimento pelas quais circulam as expressões *normal* e o *anormal*, a polissemia dos termos e ainda, as diversas maneiras com as quais o direito se articula com tais expressões – parece-nos adequado, para não dizer necessário, atribuir-lhes alguns significados com vistas a fixar premissas, evitar ambiguidades e facilitar a compreensão de diversas passagens do trabalho que virão a seguir. Isso posto, para fins do presente trabalho, atribuímos os seguintes significados às palavras *normal* e *anormal*:

- normal: 1) conduta adotada pela maioria dos indivíduos ou pessoas jurídicas que se encontrem no mesmo grupo social em um período de tempo determinado (normalidade estatística, (moda²²); 2) regularidade, habitualidade, no sentido de repetição, de uma conduta específica, sem que haja reprovação do meio social (modo de uso e aceitação deliberada, como em modo de vida, de falar, etc.); 3) regularidade e habitualidade, também no sentido de repetição, de um fenômeno químico, físico ou orgânico em condições naturais, sem intervenção humana (modo real); e 4) conduta praticada no exercício regular de um direito reconhecido, mesmo que não corresponda a uma moda ou a um modo.

- anormal: 1) conduta diferente daquela adotada pela maioria dos indivíduos ou pessoas jurídicas que se encontram no mesmo grupo social em um período de tempo determinado (anormalidade de grupo ou fora de moda); 2) conduta irregular, não habitual, no sentido de que não se repete com frequência, porém, quando ocorre, provoca reprovação do meio social (anormalidade de grupo por rejeição deliberada); 3) reação desviante, irregular, não habitual, de um fenômeno químico, físico ou orgânico em condições naturais, sem intervenção humana.

²² “Valor que ocorre mais vezes em uma distribuição de frequência” (Houaiss, 2001)

CAPÍTULO III – A EMPRESA E SUA RELAÇÃO COM O TEMA PROPOSTO

1 – IMPORTÂNCIA DA EMPRESA NO MUNDO ATUAL

Os desdobramentos do tema proposto exigem que se identifique a dimensão da importância da empresa nos dias atuais em razão dos múltiplos interesses que sobre ela convergem em uma sociedade de economia capitalista. Não à toa que Bulgarelli fez referência à empresa como *célula-mater* da economia:

É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna já chamada de *célula-mater* da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado [quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público], aos sócios ou acionistas em relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc. (Bulgarelli, 1985, pp. 267-268)

Comparato (1983) já elevava a empresa à categoria de verdadeira *instituição social*, que explica e define a civilização contemporânea em função da relação de dependência entre tal instituição, a maior parte da população e os demais agentes econômicos:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado.

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo pólo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais.

É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços. (1983, p. 58)

No mesmo sentido, Wald (2004) situa a empresa como *elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo* e afirma que ela é a célula fundamental da economia de mercado:

24. A evolução da empresa constitui, na realidade, um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município e as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra. (2004, p. 596)

Após comentar a transição da visão individualista da empresa para uma visão social, mais voltada aos interesses coletivos, Lucena (2009, vol. II, p. 460) concluiu que a “[...] empresa, como organização dos fatores de produção, formava um núcleo econômico de interesses que não eram somente dos sócios, mas também dos empregados, do fisco, dos consumidores, dos fornecedores, em suma, de toda a comunidade em que atua.”

A importância da empresa e os múltiplos interesses que gravitam em torno dela obrigou o direito a adaptar-se a essa nova realidade, assim como a conciliar objetivos e necessidades aparentemente díspares, como a busca do lucro e a proteção dos interesses dos empregados, da população em geral e do próprio Estado. Essa conciliação foi sendo feita aos poucos e culminou com a previsão, na Lei nº 6.404/76, de diversos dispositivos que visavam proteger a empresa, bem como o reconhecimento de sua *função social*²³ e, mais recentemente, o *princípio da preservação da empresa* através do artigo 47 da Lei nº 11.101/05²⁴.

²³ Embora o DL nº 2.627/40, exigisse que a sociedade anônima tivesse finalidade lucrativa (artigo 2º), ele não contemplava expressamente a função social da empresa.

²⁴ “Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Como será demonstrado adiante, assim como aconteceu na França, todo esse arcabouço legislativo societário forma o pano de fundo para o desenvolvimento da teoria do ato anormal de gestão, que repousa basicamente na ideia de *interesse da empresa*. Vejamos agora, de forma um pouco mais detalhada, alguns desses aspectos que irão constituir muitas das premissas para as conclusões que serão apresentadas ao longo deste trabalho.

2 – FINALIDADE, FUNÇÕES E INTERESSE DA EMPRESA

A finalidade essencial da empresa, mais especificamente das sociedades anônimas, é a busca do lucro, conforme previsto desde o DL – DL n° 2.627/40 (artigo 2°)²⁵ no que foi seguido pela atual lei das sociedades por ações (Lei n° 6.404/76, artigo 2°).²⁶ Tanto assim que, na doutrina, praticamente não há dissenso quanto a este entendimento. Carvalhosa (2002, vol. I, p. 20) afirma que “A realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas é da essência da sociedade anônima” e mais, que o *princípio da lucratividade* é fundamental para a existência da companhia, tanto assim que se ela não produzir lucro pode ser dissolvida através de decisão judicial, conforme o artigo 206, II, “b” da Lei n° 6.404/76²⁷ (2002, vol. I, p. 21). No mesmo sentido são as opiniões de Bulhões Pedreira, Lamy Filho (2009, p. 109), e Lucena (2009, p. 54).

A doutrina também costuma enfocar a questão relacionada às *funções da empresa* e, nesse sentido, há uma certa divergência que julgamos oportuna mencionar. Para Bulhões Pedreira e Lamy Filho (2009, vol. I, p. 53) seriam três as funções da empresa: 1) produção e circulação de bens e serviços; 2) repartição de renda: “A empresa é o principal mecanismo de

²⁵ “Artigo 2° Pode ser objeto da sociedade anônima ou companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.”

²⁶ “Artigo 2° - Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.”

²⁷ “Artigo 206 - Dissolve-se a companhia:

[...]

II - por decisão judicial:

[...]

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;”

repartição da renda nas economias modernas.” (2009, vol. I, p. 57) e; 3) agente de poupança e investimento.²⁸

Já Perin Junior (2009, pp. 35-44) também entende serem três as funções da empresa, sendo, porém, duas delas distintas daquelas apontadas por Bulhões Pedreira e Lamy Filho, quais sejam: 1) geradora de empregos; 2) geradora de tributos e; 3) circulação ou produção de bens ou serviços. Parece-nos que a distinção feita por Perin Junior é apenas relativa à nomenclatura, na medida em que, na função de *repartição de renda* referida por Bulhões Pedreira e Lamy Filho, poderiam ser incluídas as funções *geradora de empregos e tributos* apontadas por Perin Junior porque a geração de empregos e tributos implica a repartição de renda.

Naturalmente que, por concentrar tantos interesses, surgiu como inevitável, segundo Lucena (2009, p. 460), a atribuição à empresa de uma *função social* prevista nos artigos 116, parágrafo único²⁹ e 154 da Lei nº 6.404/76³⁰, que nada mais é do que uma derivação da *função social da propriedade*, elevada à categoria de princípio geral da atividade econômica pelos artigos 160, III da CF de 1967 e 170, III da CF de 1988.

A amplitude do conceito de função social levou a doutrina a incluir em seu âmbito de abrangência os mais diversos interesses e relações, desde as condições de trabalho e relações com empregados, consumidores, concorrentes até o meio ambiente. Assim, para Bulgarelli (1985, p. 284), por função social deve-se entender “[...] o respeito aos direitos e

²⁸ “A empresa é um dos principais agentes de poupança: (a) a parte da receita bruta de venda dos produtos que repõe a perda de valor dos bens do ativo permanente empregados na produção (depreciação, amortização ou exaustão) acumula-se, sob a forma de poupança bruta financeira, no patrimônio do empresário; e em regra, (b) ao menos parte do lucro resultante da atividade da empresa não é transformada em renda consumida (pelo empresário individual) nem repartida aos membros do grupo empresário, mas remanesce no patrimônio do empresário como poupança. A empresa é o principal agente de investimento, pois o empresário, ao expandir a capacidade de produção ou organizar novas empresas, cria bens de produção e instalações produtivas que repõem ou aumentam o estoque de recursos de capital da sociedade. Nessa função o empresário participa dos mercados de bens de produção, criando demanda para tal tipo de bens. O empresário financia esses investimentos com capital próprio, os lucros retidos e depreciações que se acumulam no seu patrimônio, e com poupanças de terceiros obtidas nos mercados de capital.” (2009, pp. 57-58)

²⁹ “Artigo 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: [...]”

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

³⁰ Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

interesses dos que se situam em torno da empresa. Daí que a doutrina assinala essa função relativamente aos trabalhadores, aos consumidores e à comunidade, o que parece evidente.”

Essa ampla gama de interesses em torno da empresa juntamente com a sua importância no mundo atual também obrigou o legislador a adotar um modelo de regulação que procurasse conciliar não apenas os direitos dos *interessados*, mas também da *própria empresa* como instituição autônoma, daí ter a Lei nº 6.404/76:

- (I) obrigado o acionista a exercer seu direito de voto no *interesse da companhia* (artigo 115, “caput”);
- (II) qualificado como exercício abusivo de poder do acionista controlador:
 - (II.1) a adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o *interesse da companhia* (artigo 117, § 1º, “c”);
 - (II.2) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas (artigo 117, § 1º, “f”);
- (III) obrigado o administrador a exercer as suas atribuições *no interesse da companhia* (artigo 154, “caput”);
- (IV) proibido o administrador de omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia bem como deixar de aproveitar oportunidades de negócio *no interesse da companhia* (artigo 155, II);
- (V) proibido o administrador de intervir em qualquer operação social em que tiver *interesse conflitante com o da companhia* (artigo 156, “caput”)

Observa-se assim que, se existe uma multiplicidade de interesses em jogo (acionistas, empregados, Estado, fornecedores, consumidores e coletividade), nos parece que há um ainda maior, que é o interesse da própria empresa enquanto entidade mantenedora de todos os outros interesses em torno dela. Não por outra razão e, mais recentemente, o artigo 47 da Lei nº 11.101/05 consagrou, no direito positivo, o *princípio da preservação da empresa*³¹.

³¹ “Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Esses são, a nosso ver, alguns pressupostos fundamentais a serem considerados no desenvolvimento do tema, uma vez que guardam estrita relação com os atos de gestão, a serem estudados a seguir.

3- OS GRUPOS SOCIETÁRIOS E O INTERESSE DA EMPRESA

A Lei nº 6.404/76 prevê três formas de agrupamento societário: os grupos de fato, os grupos de direito e os consórcios. As denominações *grupos de fato* e *grupos de direito* não estão contempladas expressamente na lei societária, mas decorrem de uma construção doutrinária amplamente utilizada pelos comercialistas, a exemplo de Coelho (2010, p. 224): “A associação de esforços empresariais entre sociedades, para a realização de atividades comuns, pode resultar em três diferentes situações: os grupos *de fato*, os *de direito* e os *consórcios*.” No mesmo sentido, é o entendimento de Vargas (2009, vol. II, p. 2.051) quando afirma que “[...] o poder de controle societário é poder de fato, e o grupo de sociedades organizado exclusivamente por relações de controle é dito ‘de fato’, por oposição ao ‘grupo de direito’, que é organizado também pelas estipulações do contrato entre sociedades que o Capítulo XXI da LSA designa ‘convenção de grupo.’”

Nos *grupos de fato*, os vínculos entre as empresas são estabelecidos através de participações societárias que implicam o controle de uma empresa sobre a outra (relação controladora/controlada) ou a mera coligação entre elas (sociedades coligadas). O artigo 243, § 1º da Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, dispõe que são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa, enquanto o § 2º do mesmo dispositivo qualifica de *controlada* a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.³²

³² “Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

Ainda em relação aos grupos de fato, existe a figura da *subsidiária integral* prevista no artigo 251, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.404/76, esta é a única forma societária unipessoal prevista no sistema jurídico brasileiro.³³

O regime jurídico dos agrupamentos de fato pressupõe a autonomia de cada uma das pessoas jurídicas que compõem o grupo. Assim, tanto o acionista controlador quanto os administradores devem perseguir sempre o interesse de cada pessoa jurídica isoladamente, pouco importando o interesse do grupo como um todo (artigos 115 e 154 da Lei nº 6.404/76)³⁴. Como decorrência, nas relações entre sociedades controladas, controladoras ou coligadas o administrador está impedido de favorecer uma ou outra, devendo sempre observar as condições comutativas de contratação ou o pagamento compensatório adequado, sob pena de responder por perdas e danos perante a companhia prejudicada (artigo 245 da Lei nº 6.404/76).³⁵

Além da Lei nº 6.404/76, as relações entre sociedades controladas, controladoras ou coligadas são disciplinadas tanto no âmbito regulatório, através da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), como na legislação tributária esparsa, onde recebem denominações próprias.

No âmbito regulatório, a matéria foi inicialmente tratada pela Deliberação CVM nº 26/86, que dispunha sobre critérios de divulgação de transações com *partes relacionadas*. Assim, a referida Deliberação consagrou a expressão *partes relacionadas* para referir-se às entidades, físicas ou jurídicas, com as quais a companhia tenha possibilidade de contratar em condições que não sejam as de comutatividade e independência que caracterizam as

³³ “Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista a sociedade brasileira.

§ 1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único.

§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.”

³⁴ “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

³⁵ “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.”

transações com terceiros alheios à companhia, ao seu controle gerencial ou a qualquer outra área de influência. Dentre essas entidades estavam previstas as pessoas jurídicas controladas, controladoras ou coligadas, dentre outras.

Atualmente, a matéria está regulada pela Deliberação CVM nº 642/10, cujo item 9, letra “b”, (i) prevê que duas empresas são partes relacionadas quando “*a entidade e a entidade que reporta a informação são membros do mesmo grupo econômico (o que significa dizer que a controladora e cada controlada são inter-relacionadas, bem como as entidades sob controle comum são relacionadas entre si);*” Não iremos aqui enumerar todas as hipóteses previstas na referida Deliberação, isto seria desnecessário aos propósitos do presente trabalho. A menção à nomenclatura utilizada no âmbito regulatório tem apenas o objetivo de extremá-la daquela que é utilizada pela legislação tributária, de modo a evitar confusões terminológicas e conceituais.

De fato, a legislação tributária utiliza uma nomenclatura diversa quando disciplina os efeitos tributários de transações praticadas entre empresas do mesmo grupo. Assim, a legislação que instituiu as regras de *preços de transferência* no Brasil (Lei nº 9.430/96) utiliza a expressão *pessoa vinculada* para submeter a seu regime, por exemplo, a pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, que seja caracterizada como controlada ou coligada de empresa localizada no Brasil, na forma dos §§ 1º e 2º da Lei nº 6.404/76 (Lei nº 9.430/96, artigo 23, IV). Já a legislação que disciplina a prática conhecida como Distribuição Disfarçada de Lucros³⁶ utiliza a expressão *pessoa ligada*.

Assim, com o objetivo de manter o rigor terminológico, ao longo do presente trabalho, utilizaremos a expressão “parte vinculada” para designar qualquer pessoa, física ou jurídica, que mantenha algum vínculo de aproximação com a empresa, seja em decorrência de participações societárias (relações entre controlada, controladora ou coligada), seja em decorrência de relações profissionais (administradores ou membros do conselho de administração) ou de parentesco (parentes até terceiro grau dos acionistas, sócios, administradores ou membros do conselho de administração).

³⁶ Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60 e modificações posteriores

Feitas essas explicações, voltemos nossa atenção agora para os *grupos de direito*. A disciplina legal dos *grupos de direito* está prevista nos artigos 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76 e difere substancialmente daquela relativa aos *grupos de fato*. Os *grupos de direito* são regidos por uma *convenção*, que é o documento onde são indicadas as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas (artigo 266), dentre outros requisitos previstos nos incisos do artigo 269 da Lei nº 6.404/76.

Em estudo que abordou especificamente os grupos societários, Prado (2005) afirma que a disciplina dos grupos de direito rompe com o pressuposto de autonomia e independência da sociedade, assim, passa a prevalecer não mais o interesse de cada uma das pessoas jurídicas filiadas, mas do grupo como um todo:

A disciplina dos grupos de direito rompe com o pressuposto de independência da sociedade, assumindo a existência de influências econômicas externas e a unidade de um grupo empresarial. De fato, a Lei 6.404/1976 permite a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra ou ao do grupo apenas nos grupos societários convencionais (art. 276).

No contrato de formação do grupo, em última análise, há a negociação do poder de direção interna das sociedades e a distribuição de competência de uma sociedade para os órgãos do grupo. Origina uma nova organização, passando a controladora a ter o direito de estabelecer as diretrizes sobre a condução dos negócios das filiadas. Nesta organização, o interesse do grupo, isto é, o interesse da própria organização plurissocietária tem relevância e recebe a proteção do direito. (2005, p. 11)

De fato, como bem ressaltado por Prado, o artigo 276 da Lei nº 6.404/76³⁷ subordina expressamente os interesses de cada pessoa jurídica isoladamente considerada aos interesses de outra sociedade ou do grupo em si e rompe com o paradigma do interesse individual da empresa. Isto porque, nos termos do artigo 265 da referida lei³⁸, o que o *grupo de direito*

³⁷ “Art. 276. A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo.”

³⁸ “Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.”

busca é a combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos *comuns*. Conforme destaca Vargas:

O objeto do grupo de sociedades de direito é a combinação de recursos ou esforços para a realização dos objetos das sociedades integrantes do grupo ou a participação em atividades ou empreendimentos comuns. Assim, uma sociedade do grupo pode funcionar no interesse das demais integrantes do grupo. É uma exceção ao princípio geral de que a sociedade deve ser administrada no seu melhor interesse. No grupo de sociedades, e na medida estabelecida na convenção, as sociedades devem ser administradas no melhor interesse do grupo. (2009, p. 2.055)

Essa distinção gera impactos relevantes no problema da qualificação do ato anormal de gestão, na medida em que, conforme será demonstrado nos Capítulos V e VII, o núcleo conceitual dessa figura está baseado na ideia de *interesse da empresa isoladamente considerada*. Se nos *grupos de direito* o que prevalece não é o interesse individual da sociedade, mas o interesse do grupo, os efeitos tributários de um ato não poderão ser rejeitados sob a alegação de que ele foi anormal.

CAPÍTULO IV - A GESTÃO SOB A PERSPECTIVA DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

1 – DOS MODELOS DE GESTÃO AOS ATOS DE GESTÃO (E VICE-VERSA)

A evolução dos sistemas de comunicação e informática, verificada principalmente a partir da segunda metade do século vinte, permitiu a padronização de determinados processos de decisão pelas organizações. Se antes a decisão de adquirir determinado insumo, por exemplo, passava por um amplo e relativamente demorado processo de pesquisa de preços e condições de pagamento, hoje isso pode ser feito mediante uma simples consulta à base de dados da companhia, que compara e seleciona os fornecedores que apresentam melhores condições de preço e forma de pagamento.

A padronização dos processos de tomada de decisão, além de propiciar maior agilidade e redução de custos, tornou possível a criação de modelos adaptáveis aos valores e objetivos das organizações; tais modelos alcançam praticamente a totalidade dos elementos componentes da cadeia de decisões. Logo, tem-se, aí o surgimento dos *modelos de gestão* que servem aos mais diversos propósitos: modelos de gestão financeira, de gestão de riscos, gestão de pessoas, etc.

Em trabalho apresentado na XVIII Conferência Interamericana de Contabilidade em 1989, no Paraguai, Cheng e Mendes definiram como *modelo de gestão* “(...) os princípios de administração que influenciarão o processo decisório, a estrutura organizacional e o sistema de informações.” (1989, p. 2) Ainda de acordo com as referidas autoras:

A partir do modelo de gestão, que deve considerar a missão determinada pelos proprietários ou principais gestores da empresa, definem-se uma estrutura organizacional, os contornos de um processo de tomada de decisão (processo de planejamento e controle) e de um sistema de informação que o apóia. No modelo de gestão devem estar definidos os princípios de administração da empresa, ou seja, o conjunto de regras básicas que orientam a sua gestão. Definição de indicadores de desempenho, grau de centralização ou descentralização, nível de controle são exemplos importantes de diretrizes que devem ser aqui determinados. (1989, p. 2)

Em outro estudo, no qual propuseram um modelo de decisão em gestão econômica, Santos e Ponte (1998, p. 43) afirmaram que “o modelo de gestão determina o processo de gestão da organização, definindo a forma como este deve ser operacionalizado nas suas fases de planejamento, execução e controle.” O modelo de gestão, segundo as autoras, seria responsável pela definição de autoridades, responsabilidades, papéis e posturas, critérios de avaliação e estilo de gestão (*Idem*, p. 45).

A legislação brasileira, por sua vez, não define expressamente o que significa um *modelo de gestão* ou de um *ato de gestão*, porém, o Código Civil de 2002 prevê, no artigo 989, que os bens sociais respondem pelos *atos de gestão* praticados por qualquer dos sócios³⁹ e o artigo 1.105 que, no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade.⁴⁰ Por último, o artigo 1.047, no caso de sociedade em comandita simples, proíbe o sócio comanditário de praticar qualquer *ato de gestão*.⁴¹ Assim, torna-se inevitável indagar: o que vem a ser um *ato de gestão*?

Gerir significa exercer gerência sobre algo, administrar, dirigir um negócio. A gestão implica, portanto, o ato ou o efeito de gerir (Houaiss e Salles, 2001, p. 1.449). Ao comentar o artigo 1.015 do vigente Código Civil, Wald afirma, com apoio em Ferri que:

[...] os atos pertinentes à gestão da sociedade são aqueles necessários para desenvolver a atividade relacionada com o objeto social, abrangendo todos aqueles que se apresentam como meio para se atingir o objeto especificado no objeto social. Na lição de GIUSEPPE FERRI, a noção de atos de gestão somente pode ser vista na hipótese concreta e não no plano abstrato, pois não se pode distinguir *a priori* um ato relacionado com o objeto social e os que não se enquadram nele. Apenas diante do caso concreto é possível verificar, de acordo com as circunstâncias, se o ato é pertinente ou, ao contrário, se houve excesso por parte do administrador. (2005, pp. 182-183)

³⁹ “Artigo 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.”

⁴⁰ “Artigo 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.”

⁴¹ “Artigo 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.”

Na doutrina civilista brasileira, observa-se uma tendência a conjugar os *atos de gestão* ao *objeto social* da sociedade, ou seja, os atos de gestão seriam aqueles regulares, ordinários, em conformidade com o objeto social. Nesse sentido, Fiuza e De Lucca (2008, p. 1.013) afirmam que o artigo 1.015 do Código Civil “[...] autoriza os administradores da sociedade a praticarem todos os atos que estejam englobados nos poderes de administração, tal como vierem assim a ser definidos pelo respectivo contrato social.”

Sztajn (2008, pp. 305-306), ao também interpretar o artigo 1.015 do Código Civil de 2002, entende que os atos de gestão seriam aqueles relativos às operações de administração ordinária da companhia e, por essa razão, as operações que imponham riscos desmesurados ou extraordinários à sociedade, por competirem privativamente aos sócios e não aos administradores da companhia, não são atos de gestão.⁴²

A par dessas definições, parece-nos necessário aprofundar um pouco mais a investigação a respeito desse conceito, inclusive perante outros ramos do conhecimento, porque, antes de ser um ato em consonância com o objeto social da empresa, o ato de gestão é, por natureza, uma *decisão*. Por *decisão*, segundo Santos e Ponte (1998, p. 47), entende-se o “[...] ato de escolher uma dentre várias opções com o objetivo de resolver um problema ou responder a alguma oportunidade. Para que uma decisão ocorra, deve-se ter mais de uma alternativa de ação; a decisão é fruto da necessidade de se optar por caminhos alternativos.”

Desta forma, os atos de gestão são, em sua essência, *decisões*, que, muitas vezes, estão inseridas dentro de um *modelo de gestão* previamente implementado na pessoa jurídica. Logo, o modelo seria como uma matriz orientadora das decisões de gestão mais rotineiras, com baixo grau de complexidade e que devem ser tomadas com rapidez. Essas decisões foram chamadas por Vatan dos Santos (1995, *apud* Santos e Ponte, 1998, p. 46) de *decisões programadas*, enquanto que aquelas mais complexas e importantes, que não necessariamente

⁴² “Por atos de gestão da sociedade há de entender-se o conjunto de operações de administração ordinária, entendimento que resulta da frase final do artigo. Se não constituir objeto da sociedade a negociação de bens imóveis, oneração ou alienação deles, tais atos serão expressamente vedados aos administradores sem expressa autorização dos sócios. (...) Mas, questiona-se, não serão os mesmos sócios os administradores da sociedade? Ora, atos de gestão da sociedade são aqueles destinados ou tendentes à consecução do objeto social; por isso, ainda quando os administradores sejam os sócios, a oneração (dar em garantia) ou a alienação de bens imóveis pertencentes à sociedade, quando este não seja seu objeto social, não se incluem entre os atos de gestão. Tampouco pode ser considerada ato de gestão a criação de obrigações excessivas ou desnecessárias para o perfazimento do objeto social.”

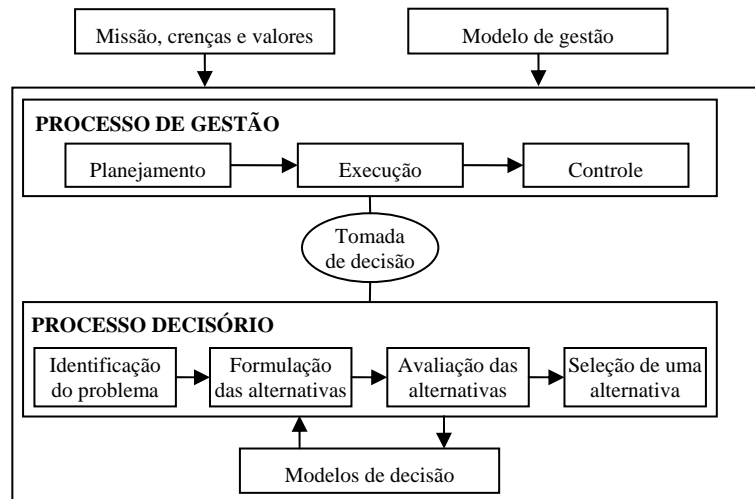
estão inseridas dentro de um modelo de gestão, seriam as decisões *não programadas*. Segundo o autor:

As decisões são programadas na medida em que são repetitivas e rotineiras, em que foi criado um processo definido para abordá-las, de modo que não tenham de ser tratadas de novo cada vez que ocorram. (...) As decisões serão não programadas na medida em que forem novas, não-estruturadas e de importantes conseqüências. Não haverá método prefixado para tratar o problema por diversos motivos: porque não foi apresentado antes, porque sua natureza e estrutura exatas são dúbias ou complexas, ou porque é tão importante que merece tratamento específico.

Assim, são praticamente infundáveis os atos de gestão praticados por uma pessoa jurídica, desde aqueles mais simples e rotineiros, que são executados conforme parâmetros previamente considerados por um modelo de gestão, passando pelos de média complexidade (contratos para aquisição de ativos de valor relevante, contratos de empréstimo para o financiamento de suas atividades, etc.), até os mais complexos e que geram conseqüências importantes (aquisição de um concorrente, *joint ventures*, incorporações, cisões, etc.). Da mesma forma, escolha e implementação de um *modelo de gestão* também é um *ato de gestão*, pois o modelo é que fornecerá elementos e critérios que subsidiarão o processo de tomada de decisão. Dito isso, parece-nos que um modelo de gestão também poderá ser submetido ao crivo da anormalidade, como, aliás, já o foi em um caso julgado pelo Banco Central do Brasil – BACEN, e que será comentado com mais detalhes adiante, quando analisarmos a questão do risco excessivo.⁴³

Em um trabalho que enfoca o modelo de decisão em gestão econômica, Santos e Ponte (1998, p. 49) situam o processo de tomada de decisão em um modelo de gestão assim ilustrado:

⁴³ Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - Processo BCB 0001020456 – Recurso 5845 – Sessão de 19 de janeiro de 2005.



Os atos de gestão, especialmente aqueles mais complexos, classificados por Vatan dos Santos como *decisões não programadas*, implicam uma tomada de decisão dentro de um contexto específico e que, muitas vezes, obriga o administrador a fazer *escolhas*: aumentar o capital da companhia, fazer empréstimo ou emitir debêntures? Empréstimo com quem? Instituição financeira ou os próprios sócios? Quanto pagar (juros) em troca do dinheiro emprestado? Adquirir determinado imóvel ou alugar? Adquirir bens para o ativo imobilizado ou fazer *leasing*? Associar-se a uma outra empresa para exploração de uma atividade específica (*joint venture*) ou fazer uma oferta de compra da empresa? Ou ainda, explorar diretamente uma atividade diferente para a qual a empresa foi criada sem associar-se a ninguém? Vender produtos a prazo ou somente à vista? Vender como? Através de uma rede de distribuição própria ou de terceiros? Conceder descontos como parte da estratégia de vendas ou não? Se for conceder, em que condições e para quem?

Todas essas perguntas demonstram que os atos de gestão trazem em si uma complexidade inerente e é em vista dessa complexidade que seus efeitos jurídicos devem ser definidos. Logo, constata-se também que os atos de gestão podem ser enquadrados na categoria de ato ou negócio jurídico, estando sujeitos às prescrições do Código Civil brasileiro, mais especificamente aos requisitos essenciais quanto à validade (agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – artigo 104 do Código Civil⁴⁴), assim como às disposições a respeito dos defeitos dos atos e negócios jurídicos em geral (artigos 138 e seguintes do Código Civil).

⁴⁴ “Artigo 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

As categorias de atos ou modelos de gestão, por sua vez, são bastante variadas e Masson (1990, pp. 297/302) enumera alguns deles, a saber:

- **atos de gestão dos ativos da empresa:** seriam atos de aquisição e alocação de bens materiais e ativos da empresa, destinados à produção. O papel do gestor é de avaliar a conveniência e oportunidade dessas aquisições, assim como a melhor maneira de alocar os bens adquiridos para que eles gerem benefícios à empresa. Segundo Masson, esses atos são resultado da liberdade que tem o empresário de compor o ativo imobilizado da companhia e, portanto, eles devem ser questionados pelo fisco com extrema cautela. (1990, p. 297; tradução nossa).

- **atos de gestão de pessoas:** a gestão de pessoas cobre uma ampla variedade de atos e certamente é uma questão estratégica para o sucesso de qualquer empreendimento e daí o surgimento de uma verdadeira cultura empresarial destinada ao estudo e à implementação de políticas e métodos destinados à gestão de pessoas. Evidentemente que essas políticas não se resumem ao incentivo via aprendizado técnico e aprimoramento pessoal, mas também pela questão da remuneração, o que tem impacto direto no lucro da pessoa jurídica e, portanto, na base de cálculo do IRPJ. Daí a assertiva de Masson, para quem:

A política dos salários também é parte integrante da gestão de pessoal e dá origem a delicadas apreciações referentes a um ato de gestão particularmente "sensível": aquele da fixação do montante das remunerações alocadas aos assalariados e aos dirigentes da sociedade, sócios ou não, levando em conta a adequação dessa soma em relação ao trabalho realizado ou ao serviço prestado de maneira efetiva. Trata-se, muitas vezes, de questões de fato difíceis de serem compreendidas pelo juiz, mas que criam um contencioso abundante, dada a estreita supervisão da qual esses atos são objeto por parte do governo e em razão do recurso fácil e corrente a esse ato de gestão como técnica de evasão pelos contribuintes. (1990, p. 298; tradução nossa)

- **atos de gestão comercial:** os atos de gestão comercial são também os mais diversos, podendo ser citadas como exemplo as práticas de fidelização de clientes, como a concessão de descontos, bônus, oferecimento de brindes, condições especiais de

pagamento, etc. Masson inclui neste grupo também os perdões de dívida e empréstimos sem juros (1990, p. 299).⁴⁵

- **atos de gestão financeira:** Os atos de gestão financeira são bastante numerosos e multiplicam-se a cada dia, na medida em que são criados novos e diferentes instrumentos financeiros para as mais diversas finalidades. Esses atos situam a companhia em uma posição ativa ou passiva em relação a uma obrigação, o que naturalmente irá gerar reflexos na base de cálculo do IRPJ. A maioria dessas operações é praticada e/ou intermediada por instituições financeiras credenciadas pelo Banco Central do Brasil (BACEN), mas também podem ser praticadas entre empresas do mesmo grupo, sendo o mútuo em dinheiro a figura mais comum dentro de um grupo de sociedades.

- **atos de gestão contábil:** a função da contabilidade é registrar todos os eventos de relevância econômica na pessoa jurídica de maneira a refletir sua situação patrimonial. Assim, praticamente todos os atos de gestão acima mencionados e seus respectivos efeitos deverão ser objeto de reconhecimento e registro pela contabilidade conforme as normas e princípios de contabilidade geralmente aceitos. Portanto, é preciso diferenciar esses registros, que são meras derivações dos atos de gestão de ativos, gestão financeira e de pessoas, dos atos de gestão contábil propriamente ditos.

- **atos de gestão estratégica:** além dos exemplos acima dados por Masson, há também os atos de gestão estratégica, de fundamental importância nos dias atuais e que se intensificaram com o advento da globalização. São aqueles representados pelas fusões e aquisições de empresas e o caso mais representativo nesse sentido, por ter suscitado a teoria do ato anormal de gestão, foi aquele objeto do acórdão nº 9101-00.287 julgado em 24 de agosto de 2009 pela 1ª Turma da CSRF do CARF (caso “Kolynos”) e que será comentado mais adiante.

Por último, caberia mencionar os *atos de gestão de risco*, uma nova área que tem sido objeto de intensa bibliografia nos últimos anos e vem despertando enorme interesse. Alguns situam tais atos no contexto da gestão estratégica, pela própria natureza. Outros já o definem como função de administração específica, definindo o “risco” como o produto da probabilidade pela utilidade de algum evento futuro. Conforme Adams:

⁴⁵ No original: “*Enfin, il convient de signaler dans la même veine d’actes de remises de dettes, abandons de créances, prêts sans intérêt, ...dont nous donnerons infra maints échantillons dans le cadre de notre étude.*”

O futuro é incerto e inescapavelmente subjetivo: ele não existe a não ser nas mentes das pessoas que tentam prevê-lo. Nossas previsões, que orientam também o nosso comportamento são formadas por uma projeção da experiência passada no futuro. Se prevemos o dano, tomamos medidas preventivas. (2009, p. 64)

Importante observar que a gestão de risco se refere sempre ao futuro incerto e ainda por vir. A análise do futuro-passado, isto é, do futuro já acontecido, só pode ser aproveitada para estabelecer estratégias para o novo futuro-futuro (não acontecido) e, portanto, sua utilidade está mais relacionada ao aprendizado e experiência, pois a perda ou o ganho esperado já aconteceram. Por outro lado, o próprio conceito de empresário inclui o risco e a incerteza como elementos inerentes à atividade empresária e, por isso, a ciência da administração situa também os atos de gestão sob três condições: certeza, risco e incerteza. Segundo Montana, as *decisões programadas* a que nos referimos anteriormente, são tomadas sob condições de certeza, pois [...] todas as variáveis de decisão e os resultados de cada curso potencial de ação ou solução são conhecidos de antemão.” (2010, p. 97)

Referido autor descreve o risco, enquanto objeto da ciência da administração, em termos de probabilidade cujo resultado seria uma fração situada entre 0 e 1 (zero e um). Se a probabilidade do resultado for 1 (um), ele é completamente conhecido e se for 0 (zero) é completamente desconhecido. Assim, o risco sempre estará situado entre esses dois extremos, pois do contrário ele não será mais risco, mas certeza ou incerteza:

Risco é a condição na qual os resultados de uma decisão ou curso de ação não são conhecidos com clareza, mas que provavelmente cairão dentro de uma amplitude conhecida. O risco é descrito em termos de probabilidade; isto é, a probabilidade de um resultado específico é uma fração entre 0 e 1. Se a probabilidade do resultado específico é 1, ele é completamente conhecido; se a probabilidade for 0, ele é completamente desconhecido. Considerando que sob condições de risco a probabilidade não é nem completamente conhecida nem desconhecida, ela é descrita como uma fração entre os dois extremos.
(2010, p. 97)

Assim, definimos *atos de gestão* como aqueles oriundos de uma *decisão* tomada pelos administradores ou outros membros internos da pessoa jurídica e que podem ou não estar inseridos dentro de um modelo de gestão previamente implementado na empresa. Os

atos de gestão mais complexos, que não podem ser praticados rapidamente por necessitarem de tempo e reflexão adequados em razão de sua relevância, podem não estar inseridos dentro de um esquema ou modelo de gestão e, neste caso, ele será um ato praticado dentro um contexto específico, que também é complexo, podendo ou não representar uma escolha dos administradores da pessoa jurídica dentre várias disponíveis nas circunstâncias.

2 – ORIGEM DA EXPRESSÃO “ATO ANORMAL DE GESTÃO”

A expressão *ato anormal de gestão* é de origem francesa e foi cunhada pela jurisprudência daquele País sob a premissa de que o interesse precípua da empresa é obter lucro. Masson (1990, p. 292) demonstra, de forma clara, a gênese da expressão, quando situa o tema a partir da reação das autoridades fiscais francesas a certas condutas dos contribuintes praticadas com o objetivo de diminuir o lucro tributável pelo IRPJ através de despesas excessivas ou não justificadas. Essa reação se deu a partir da interpretação conjunta dos artigos 38-2 e 55 do Código Geral de Impostos da França.

O primeiro artigo previa que "O lucro líquido é determinado após dedução de todos os encargos, incluindo as despesas gerais de qualquer espécie, as amortizações realmente efetuadas pela empresa, as provisões constituídas com vistas a fazer face a perdas ou encargos claramente demonstrados e que os eventos em curso tornam prováveis" (Masson, 1990, p. 293). Já o segundo autorizava a administração tributária a verificar "(...) as declarações que pode retificar conformando-se ao procedimento de ajuste quando se constatar uma insuficiência, uma inexatidão, uma omissão ou uma dissimulação nos elementos que servem de base para o cálculo dos impostos" (tradução nossa).⁴⁶

Em obra que abordou especificamente esse tema, Bur (1999, p. 10) afirma que:

⁴⁶ No original : "*Le service des impôts vérifie les déclarations. Il peut rectifier les déclarations en se conformant à la procédure prévue à l'article L 55 du livre des procédures fiscales*".

Seja sob a forma de firma individual ou sob a forma de sociedade, as empresas têm como característica comum o objetivo de auferir lucro. Tirando partida desta constatação, a administração fiscal começou, há quase cinquenta anos, a questionar, durante os procedimentos de fiscalização, as operações realizadas pelas empresas e que não lhes pareciam estar em conformidade com seus objetivos sociais. Ao final dos casos que foram apresentados em consequência dos ajustamentos fiscais, o Conselho de Estado elaborou os fatos e desenvolveu a teoria do ato anormal de gestão cujo objetivo é de precisar em quais condições o ato de uma empresa pode ser rejeitado para a determinação de seus resultados tributáveis. (Tradução nossa)

Assim, a administração fiscal passou a questionar a dedução de certos encargos pelos contribuintes sob a justificativa de que eles não estariam em conformidade com o interesse da empresa ou eram atos contrários a uma gestão normal da companhia.

CAPÍTULO V – O ATO ANORMAL DE GESTÃO, SUA ORIGEM E SIGNIFICADO. A EXPERIÊNCIA FRANCESA

1 – SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “ATO ANORMAL DE GESTÃO” EM SUA ORIGEM

Conforme afirmado anteriormente, a expressão *ato anormal de gestão* não é em si mesma relacionada ao direito tributário francês, mas antes oriunda do direito societário daquele País, baseada no pressuposto de que o objetivo principal da empresa é a obtenção de lucro. Assim, um ato praticado pelos administradores no âmbito do objeto social da empresa, ainda que não trouxesse a ela uma vantagem mínima, seria na realidade um ato contrário aos seus interesses.

Essa ideia de *ato contrário aos interesses da empresa* teve raízes na legislação societária francesa e estava ligada à noção de *interesse social*. Kruger (2007, p. 55) faz referência às conclusões apresentadas pelo então Comissário de Governo P.F Racine na decisão do Conselho de Estado proferida no caso *Renfort service* em 27 de julho de 1984. Segundo Racine:

O conceito de ato anormal de gestão é fruto da aclimação ou da **transplantação em direito fiscal** do conceito comercial de ato **não conforme ao interesse social**. Uma empresa, sobretudo quando ela é constituída sob forma de sociedade, tem por objetivo a busca e a distribuição de lucros. Todo ato que ela realiza para alcançar esse objetivo é presumidamente efetuado em seu próprio interesse. Apesar desse interesse social, uma das noções fundamentais do direito das sociedades, alguns atos ou operações podem parecer contrários. É possível, então, àqueles que pretendem dessa forma imiscuir-se na gestão da empresa pedir ao juiz comercial a anulação desses atos e, em último caso, ao juiz penal que prenda o autor, quando o ato anormal puder ser qualificado de delito, o que é o caso, por exemplo, do abuso de bens sociais. **Em direito fiscal**, o ato anormal de gestão é um ato ou uma operação que se traduz por um lançamento contábil relativo ao lucro tributável e **que convém afastar como alheio ou**

contrário aos interesses da empresa (Tradução nossa; grifos do original).⁴⁷

Assim, o *ato contrário aos interesses da empresa* é o núcleo conceitual dessa figura e, a partir desse núcleo, houve um desdobramento, de modo que, ao longo do tempo, outras condutas acabaram também sendo incluídas no conceito de ato anormal de gestão, a exemplo do *risco manifestamente excessivo* assumido pelos administradores quando da prática de determinados atos.

Bur (1999, p. 11) conceitua o ato anormal de gestão, primeiramente, a partir de uma definição positiva (o que é ato anormal de gestão em contraposição ao que *não é* ato anormal de gestão), como sendo *ato contrário aos interesses da empresa*, ligando esse ato a uma consequência específica, qual seja, colocar a pessoa jurídica em um *risco manifestamente excessivo*. Assim, o ato anormal de gestão contraria os interesses da empresa porque:

- Praticado deliberadamente no interesse de um terceiro ou que não prevê qualquer vantagem para a empresa, ou ainda, que não traz a essa última uma vantagem mínima em comparação com aquela que teria quando transacionasse com terceiros;
- Isso coloca a empresa em um risco manifestamente excessivo em relação àqueles que um administrador pode assumir a fim de melhorar os resultados das operações. (Tradução nossa)⁴⁸

Conforme se observa, na definição de Bur, a questão do risco excessivo já aparece, porém, como uma consequência de um ato contrário aos interesses da empresa.

⁴⁷ No original : “*Le concept d’acte anormal de gestion est le fruit de l’acclimatation ou de la **transplantation en droit fiscal** du concept commercial d’acte **non-conforme à l’intérêt social**. Une entreprise surtout lorsqu’elle est constituée sous forme de société, a pour objet la recherche et le partage de bénéfices. Tout acte qu’elle accomplit, pour réaliser cet objet, est présumé effectué dans son intérêt propre. Toutefois à cet intérêt social, l’une des notions fondamentales du droit des sociétés, certains actes ou opérations peuvent apparaître contraires. Il est alors possible à ceux qui prétendent ainsi s’immiscer dans la gestion de l’entreprise de demander au juge commercial la nullité de ces actes et le cas échéant au juge pénal d’en réprimer l’auteur si l’acte anormal peut être qualifié de délit, ce qui est le cas par exemple pour l’abus de biens sociaux. **En droit fiscal**, l’acte anormal de gestion est un acte ou une opération qui se traduit par une écriture comptable affectant le bénéfice imposable et **qu’il convient d’écarter comme étranger ou contraire aux intérêts de l’entreprise**”.*

⁴⁸ No original: “- *parce que pris délibérément das l’intérêt d’un tiers, soit qu’il ne procure aucun intérêt à l’entreprise, soit qu’il n’apporte à cette dernière qu’un intérêt minime par rapport à celui procuré au tiers;*
- *ou parce que faisant peser sur l’entreprise un risque manifestement excessif par rapport à ceux qu’un chef d’entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les resultats de l’exploitation.*”

De fato, a assunção de um risco manifestamente excessivo em um determinado negócio também pode expor a empresa a perdas significativas que não teriam ocorrido caso o ato não tivesse sido praticado ou se o risco não fosse tão excessivo ou evitado através de medidas adequadas. Kruger (2007, p. 56) relata a existência de casos em que o risco foi considerado manifestamente excessivo, como por exemplo, o de um gestor de carteira de investimentos que reembolsou perdas de capital incorridas por seus clientes com o objetivo de manter a sua reputação, ou ainda, o de oferecimento de caução em benefício de terceiros pela empresa sem a existência de qualquer contrapartida para ela.⁴⁹

Assim, o pressuposto é de que não é normal e nem comum que a empresa, ao transacionar com terceiros, deixe de buscar um mínimo de vantagem nessas transações, assim como evitar perdas, uma vez que, sendo um dos seus objetivos a obtenção de lucro, a ausência de qualquer vantagem ou a adoção de medidas que busquem minimizar perdas afeta diretamente esse lucro e, conseqüentemente, o interesse de seus sócios. Estes têm direito à remuneração de seu capital investido na pessoa jurídica sob a forma de ações ou quotas do capital social, assim como do Fisco, porque uma perda que poderia ser evitada ou um ganho que poderia ser obtido constituiria uma base de incidência dos tributos sobre a renda e o lucro.

No âmbito da doutrina nacional, Rolim (2001, p. 194) explica que:

O critério essencial do ato anormal de gestão é o interesse da exploração, ou seja, não ser contrário aos interesses da empresa, ou tal como a administração fiscal francesa resume sua posição: ‘Se bem que a Administração não seja autorizada a se imiscuir na gestão das empresas, ela pode, entretanto, conforme jurisprudência constante do Conselho de Estado, pôr em causa as despesas que não se relacionam a uma gestão normal ou não sejam explicáveis dentro dos interesses diretos da exploração.’

⁴⁹ “Na mesma linha, deve-se notar que, ainda que não corresponda a um comportamento destinado a dar vantagem a terceiros, uma operação que comporta simplesmente riscos para a empresa pode impedir a dedução dos encargos ou das perdas correspondentes, em todo caso quando os riscos assumidos dessa forma são manifestadamente exagerados em relação àqueles que um administrador de empresa pode normalmente assumir para melhorar seus resultados: é o caso, por exemplo, de um gestor de carteira que, para manter sua reputação, reembolsou seus clientes de suas perdas de capital, ou ainda, situação muito mais corrente na prática, compromissos de caução subscritos em benefício de um terceiro sem contrapartida real para a empresa.” (Tradução nossa)

Da mesma forma, compreende-se no conceito de anormalidade do ato não apenas a perda gerada pela tomada de um risco excessivo, mas também aquilo que a empresa *deixou de ganhar* em uma transação dita *normal* quando comparada com outras transações praticadas por terceiros, ou seja, caracterizaria uma renúncia de receita. Trata-se, assim, de uma anormalidade comparativa, que leva em consideração a prática comumente observada por outras empresas ou por um grupo de empresas que atuem no mesmo ramo de negócio.

2 – DOIS GRANDES GRUPOS DE ATOS ANORMAIS DE GESTÃO E AS DUAS ESPÉCIES DE ANORMALIDADE (QUALITATIVA E QUANTITATIVA) PROPOSTAS PELA DOUTRINA FRANCESA

Delineados os aspectos gerais que cercam a figura do ato anormal de gestão, verifica-se que ele afetará o resultado da pessoa jurídica em decorrência, principalmente, de dois tipos de conduta pelos administradores:

- a) a assunção de um encargo contrário aos interesses da empresa;
- b) a renúncia a uma receita que a pessoa jurídica poderia ter obtido.

Isso levou Bur (1999, pp. 50/51) a agrupar os atos anormais nessas duas grandes categorias. Como exemplos da primeira, o autor menciona os casos de (i) gestão gratuita, por parte de uma clínica, dos honorários dos médicos que ali trabalham e (ii) preço anormalmente elevado praticado em transações entre matriz e filial. O preço compreendia a margem de produção e a margem de comercialização, o que levou a filial a revender mercadorias a preço de custo. Já como exemplos da segunda categoria, o mesmo autor enumerou os casos de (i) venda com perda de uma filial à matriz; (ii) a renúncia da empresa matriz a cobrar o aluguel de imóvel locado à sua filial; (iii) adiantamento de quantias em dinheiro sem a cobrança de juros; (iv) a outorga de caução gratuita pela sociedade.

A doutrina aponta ainda dois tipos de anormalidade: a qualitativa e a quantitativa. Segundo Bur (1999, p. 49), a anormalidade qualitativa seria uma *anormalidade de princípio* e caracteriza-se quando a empresa arcou com encargos ou renunciou a receitas buscando um interesse totalmente alheio às suas atividades, assumindo um risco excessivo. Neste caso, a totalidade das despesas seriam indedutíveis. Para Bur, estariam compreendidos neste tipo de anormalidade o pagamento de despesas pessoais dos dirigentes e a indenização de perdas sofridas por um gestor de carteira de investimentos a seus clientes, caso já referenciado por Kruger, conforme demonstramos no capítulo anterior.⁵⁰

Já a anormalidade quantitativa seria relacionada aos montantes envolvidos em uma transação e estaria presente quando as despesas forem excessivas e as receitas insuficientes quando comparadas com transações ditas normais. Ainda de acordo com Bur (1999, p. 50), essa seria uma anormalidade de montante, que implicaria a indedutibilidade de parte das despesas e na reintegração de parte das receitas que não foram auferidas pela empresa. Como exemplos, o referido autor menciona a insuficiência do valor de aluguel de imóvel locado pela empresa e a subavaliação do preço de cessão de um imóvel de uma sociedade a seu principal executivo.

3 – A REAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FRANCESA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA NÃO INGERÊNCIA NOS ATOS DE GESTÃO

O questionamento das autoridades fiscais, nos termos expostos anteriormente era, na maioria das vezes, feito *a posteriori* e, portanto, com bastante carga de subjetividade, chegando a ser até invasivo, o que gerou, como noticia Masson, o risco de uma verdadeira “inquisição fiscal” nas empresas (1990, p. 294). De fato, como apontado por Kruger (2007, p. 52):

⁵⁰ No original: “*L’anormalité est qualitative quand la constatation est faite qu’une entreprise a supporté des charges, des frais ou renoncé à des recettes en poursuivant un intérêt totalement étranger à l’entreprise ou en prenant un risque manifestement excessif. Anormalité de principe, l’anormalité qualitative empêchera toute déductibilité des dépenses en cause.*”

L’anormalité qualitative concerne, par exemple:

- *la prise en charge de dépenses personnelles;*
- *l’indemnisation des pertes subies par ses clients par un gérant de portefeuille, une telle garantie excédant manifestement les risques qu’un chef d’entreprise peut être conduit à pendre pour améliorer les résultats de son exploitation.”*

[...] é relativamente fácil criticar as decisões de gestão vários anos depois, desligando-as do contexto da época, e refazer a história à luz de eventos posteriores: esta ou aquela decisão de investimento, por exemplo, pode se provar desastrosa com o passar do tempo, embora pudesse parecer racional naquele momento. Por outro lado, uma decisão pode ser originalmente considerada arriscada, até mesmo uma aventura, mas revelar-se extremamente rentável na sequência, pois, como se sabe, a rentabilidade de um investimento é muitas vezes proporcional ao risco incorrido. (Tradução nossa).

Isso obrigou a jurisprudência francesa a fixar um limite para a atuação fiscal, representado pelo *princípio da não ingerência* do fisco nas decisões de gestão das empresas. A decisão paradigma sobre a matéria foi proferida pelo Conselho de Estado em 7 de julho de 1958, segundo a qual “cabe, em cada caso, à administração relatar a prova de que o contribuinte, que nunca é obrigado a tirar dos negócios que faz o máximo de lucros que as circunstâncias lhe teriam permitido obter, tenha deliberadamente agido num interesse comercial alheio a sua empresa” (Kruger, 2007, p. 52) (tradução nossa)

O princípio da não ingerência, para Kruger (2007, p. 57), seria o equivalente negativo do princípio da *liberdade de gestão*. Segundo o referido autor:

Esse princípio pode ser enunciado de maneira positiva, em termos de liberdade de gestão, ou de maneira negativa, em termos de interdição à administração fiscal de interferir na gestão das empresas. O precedente a respeito do assunto foi uma decisão proferida pelo Conselho de Estado de 7 de julho de 1958, segundo a qual “cabe, em cada caso, à administração provar que o contribuinte, que nunca é obrigado a extrair dos negócios que faz o máximo de lucros que as circunstâncias lhe teriam permitido obter, tenha deliberadamente agido num interesse comercial alheio a sua empresa. (Tradução nossa)

Assim, na visão de Kruger, *liberdade de gestão* e *não ingerência de terceiros* são expressões equivalentes, ou seja, a liberdade de gerir no sentido positivo implica a proibição de terceiros intervirem nos atos gestão da empresa. Já para Vaz (1996, p. 121), a liberdade de gestão:

[...] é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, de definir objectivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial. Esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido.

Após citar o mesmo precedente mencionado por Kruger, Bur (1999, p. 31) afirma que “a administração não poderá substituir o resultado declarado por uma empresa pelo resultado que ela poderia esperar sob a condução de um gestor mais prudente, mais sensato ou mais ativo.” Prosseguindo, o mesmo autor (1999, p. 32) faz referência aos precedentes do Conselho de Estado Francês que afirmaram o princípio em diversas situações concretas, concluindo que não cabe ao Fisco:

- vetar à administração o direito de julgar a oportunidade ou a legitimidade das medidas tomadas pelo gestor de empresa para a gestão financeira desta. Assim, mesmo que os fundos próprios da empresa sejam suficientes, ele pode escolher recorrer ao empréstimo e deduzir os juros correspondentes;
- admitir como ato normal de gestão um abandono de créditos mesmo que a sociedade tenha podido recorrer a outras medidas para chegar aos mesmos fins, particularmente subscrever um aumento de capital da filial, precedido ou não de uma redução de capital;
- impedir a administração de inferir sobre a inoportunidade de uma tomada de participação societária tendo em vista a conjuntura econômica da época. (Tradução nossa)

Assim, quando considera-se ato anormal de gestão como ato contrário aos interesses da empresa deve-se, sempre, ter em mente que os poderes da administração fiscal e até mesmo do Estado-Juiz não são absolutos e encontram seus limites no princípio da liberdade de gestão, que assegura a não ingerência de terceiros nos atos de gestão empresarial, até porque, conforme bem apontado por Kruger (2007, p. 52),

[...] reconhecer a Administração o direito de criticar sistematicamente as decisões de gestão infelizes teria criado manifestamente um desequilíbrio nas relações entre ela e os contribuintes: o Estado teria, de algum modo, ganhado em todos os aspectos, embolsando não somente o imposto sobre os lucros gerados por decisões de gestão judiciosas, mas igualmente dos

lucros que teriam escapado à empresa por causa de suas decisões infelizes. Em outras palavras, nem a Administração, nem os tribunais podem julgar sobre a oportunidade das decisões de gestão das empresas, exceto para descobrir fraudes ou irregularidades, já que não assumem os riscos do negócio. (Tradução nossa)

Assim, essa ingerência vem acompanhada de um juízo de valor do Fisco a respeito daquilo que, na sua visão, teria sido o melhor para a empresa. De fato, não cabe à administração decidir o que é ou não melhor para a empresa, porque isso compete especificamente aos seus administradores, que possuem formação adequada e direcionada exatamente para a finalidade de bem gerir uma companhia. Este é um discurso voltado ao fato e juízos de valor sobre a eficiência e eficácia. Sob o aspecto jurídico, a questão diz respeito à legitimidade da decisão gerencial da pessoa jurídica.

Como será demonstrado adiante, essa esfera mínima de liberdade, que impede a ingerência de terceiros, é reconhecida pela legislação brasileira, mais especificamente pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), cujo artigo 158 isenta o administrador de responsabilidade em virtude de ato regular de gestão, devendo responder, porém, quando agir com culpa ou dolo ou, ainda, quando ocorrer violação da lei ou estatuto. Isso permite identificar os limites do campo de atuação legítima (poder de agir livremente) do administrador, caracterizado pela prática de exercício regular de direito reconhecido. A gestão legítima não pode ter suas decisões questionadas, mas respeitadas.

4 – PRINCÍPIO DA NÃO INGERÊNCIA E A BUSINESS JUDGMENT RULE DO DIREITO NORTE-AMERICANO

O princípio da não ingerência guarda estrita semelhança com a *business judgement rule* do direito norte-americano. Esta regra funciona como uma presunção que protege as decisões racionais dos administradores de empresa contra a posterior revisão judicial motivada por reclamações de terceiros.

Conforme noticiam Block, Barton e Radin (1998, pp. 12-18), os fundamentos subjacentes à regra são os seguintes (tradução nossa):

- **Primeiro:** os tribunais reconhecem que, mesmo desinteressados e bem intencionados, membros da administração podem tomar decisões que, consideradas em retrospectiva, são imprevidentes e causam grandes perdas em dinheiro para a companhia. Reconhecendo a falibilidade humana, a regra encoraja indivíduos competentes, que de outra forma poderiam declinar da função de administradores por receio de serem responsabilizados pessoalmente.

- **Segundo:** a regra reconhece que decisões de negócio frequentemente estão vinculadas a riscos e incertezas, e, portanto, encoraja os administradores a engajarem-se em empreendimentos que têm potencial para grandes lucros, mas que também trazem em si algum risco. Por razões de eficiência, deve ser permitido aos administradores agirem de maneira decisiva e estejam relativamente livres de uma segunda avaliação feita posteriormente por um juiz ou corpo de jurados. É desejável encorajar os administradores a ingressar em novos mercados, desenvolver novos produtos, inovar e assumir outros negócios arriscados.

- **Terceiro:** os juízes e tribunais não têm condições técnicas de avaliar e adentrar no mérito de decisões negociais complexas. Igualmente importante, um litígio que se instaura após o fato é a maneira mais imperfeita de se avaliar decisões de negócio. Os autores citam o precedente *Joy V. North*, onde foi afirmado que “As circunstâncias que cercam uma decisão corporativa não são facilmente reconstruídas em uma sala de tribunal anos depois, uma vez que os imperativos do negócio frequentemente exigem decisões rápidas, inevitavelmente baseadas em menos informações do que em informações perfeitas. A função do empresário é enfrentar riscos e confrontar incertezas, e uma decisão fundamentada à época em que tomada pode parecer um palpite grosseiro se vista anos depois à luz de um retrospecto onde o conhecimento é perfeito.”⁵¹

- **Quarto:** os administradores, mais do que os acionistas, são aqueles que dirigem as companhias. Se os acionistas tivessem o direito de frequentemente requerer a revisão

⁵¹ *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983)

judicial dos atos dos administradores, o resultado seria a transferência da última instância de decisão a qualquer acionista que desejasse propor uma reclamação judicial.

Em obra que abordou especificamente o tema, Couto Silva (2007, p. 195) destaca ainda que são cinco os elementos intrínsecos da *business judgement rule*, a saber: (i) decisão ou julgamento do negócio; (ii) desinteresse e independência; (iii) dever de diligência; (iv) boa-fé e (v) inexistência de abuso de discricionariedade.

Assim, desde que presentes esses elementos, a conduta do administrador estará protegida contra revisões judiciais feitas *a posteriori*, ainda que tenha gerado perdas à companhia. Como veremos mais adiante, esses elementos também foram incorporados pela legislação societária brasileira (Lei n° 6.404/76) porém, o que mais nos interessa para fins da presente comparação é o primeiro deles, qual seja, a decisão ou julgamento do negócio devido ao seu paralelismo com o problema central envolvendo o ato anormal de gestão. O fato de a *business judgement rule* pressupor a existência de uma decisão do administrador, ainda que seja uma decisão de não agir, e situar essa decisão dentro de uma esfera de proteção imune ao questionamento de terceiros, permite equipará-la ao princípio da não ingerência construído pela jurisprudência francesa e assim fazendo, enquadrando-o também no princípio da legitimidade da prática do exercício regular de direito reconhecido e albergado também pelo nosso sistema legal e constitucional.

A ressalva ficaria por conta apenas da abrangência de cada uma: enquanto a *business judgement rule* desenvolveu-se no direito societário norte-americano, o princípio da não ingerência acabou desenvolvendo-se no direito tributário francês, onde ganhou maior relevância, porém, ambos correlatos ao princípio de exclusão de ilicitude (e, pois, de legitimidade da conduta) na prática do exercício regular de direito reconhecido, norma sempre presente no direito civil e penal, configurando mesmo o princípio da liberdade de ação.

CAPÍTULO VI – LIBERDADE DE GESTÃO E ATO ANORMAL DE GESTÃO NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

1 – LIBERDADE DE GESTÃO COMO PRINCÍPIO

Feitas as considerações a respeito do princípio da não ingerência nos atos de gestão, sob a ótica da doutrina e jurisprudência francesas, assim como o seu equivalente no direito norte-americano, investigaremos agora se a liberdade de gestão ou o seu equivalente na negativa (não ingerência de terceiros na gestão da pessoa jurídica) seria um verdadeiro princípio albergado pelo sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, do mesmo modo que a expressão “ato anormal de gestão” vem sendo utilizada, ora pelo Fisco, ora pela jurisprudência administrativa, assim como pela Procuradoria da Fazenda Nacional, para fundamentar pretensões de natureza tributária contra os contribuintes, deve-se investigar se os contribuintes teriam o direito constitucional e legal de refutar a anormalidade com base na liberdade de gestão na hipótese de concluirmos que tal liberdade ostenta a qualidade de princípio jurídico.

A doutrina procura situar o tema a partir da seguinte indagação: o que é um princípio? Não há uma resposta única para tal pergunta devido aos diferentes métodos de abordagem do tema pela dogmática jurídica, que resultam em diferentes conclusões ou modelos conceituais relacionados à categoria dos princípios. De qualquer forma, a partir da bibliografia consultada, pudemos notar que há um alinhamento e uma concordância mais ou menos generalizados em relação a alguns aspectos centrais relacionados à teoria dos princípios e que serão apresentados e sintetizados logo a seguir.

Canotilho, por exemplo (2003, pp. 1.160-1.161), parte de uma conhecida distinção entre regra e princípio, ambos derivados do conceito genérico de norma, e aponta alguns critérios para a identificação de uma e de outro:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito; os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) *'Proximidade' da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Essa distinção entre regras e princípios foi criticada por Guastini pois, segundo o autor, implica a assunção do falso pressuposto de que na aplicação das normas-regra não há margem para dúvidas ou dificuldades:

Esse modo de pensar, na verdade, parece fundar-se na suposição falaz de que a aplicação das normas não dá lugar a dúvidas ou dificuldades, nem comporta escolhas discricionárias, mais ou menos como se as normas possuíssem (sempre ou quase sempre) um campo de aplicação claro e bem delimitado, sem margens de incerteza. Deve-se objetar que, pelo contrário, também as normas (todas as normas) padecem, não menos do que os princípios, de um certo grau de vagueza e que, portanto, também a aplicação de normas é, na maior parte dos casos, discricionária e passível de controvérsia. Em suma, a indeterminação ou elasticidade de formulação não parece um critério eficaz para distinguir com nitidez as normas dos princípios pela boa razão de que se trata de uma propriedade largamente comum de umas e outros: a diferença, se é que existe, é questão de grau. Guastini (2005, p. 188)

Sem entrar na distinção entre regras e princípios, Carvalho (2008, p. 257), aponta quatro usos distintos para a expressão *princípios jurídicos*:

- a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo;
- b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos;
- c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas;
- d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, porém, sem levar em conta a estrutura da norma;

Segundo Carvalho, nos usos mencionados em “a” e “b”, teríamos “princípio” como “norma” e nos dois últimos “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo” ou, ainda, “limite objetivo” (2008, p. 257). Os princípios como “valor” são dotados de um alto grau de vagueza, abstração e indeterminação e, por isso mesmo, incidem sobre todos os enunciados componentes do sistema jurídico, orientando os operadores do direito na correta interpretação e aplicação das normas jurídicas não estruturantes ou de menor hierarquia. Igualdade, liberdade e justiça, dentre outros, poderiam enquadrar-se nesta categoria. Já os princípios como “limite objetivo” seriam dotados de menor vagueza e maior precisão e, portanto, não apresentariam maiores problemas relacionados à sua interpretação e aplicação. Os princípios como “limite objetivo” são concebidos para atingir determinadas finalidades, estas sim, com o *status* de valores (2008, p. 281). Neste campo e particularmente em relação ao direito tributário, estariam os princípios da estrita legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária, dentre outros.

O autor sublinha ainda a distinção entre princípios expressos e implícitos:

Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciar-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislativo, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e de sobreprincípios. (Carvalho, 2008, pp. 257-258)

Da mesma forma, Guastini (2005, p. 191) reconhece a existência de princípios expressos e implícitos (por ele chamados de “não expressos”). Os expressos, como o próprio qualificativo indica, estariam explicitamente formulados numa disposição constitucional ou legislativa, enquanto os implícitos ou “não expressos” seriam aqueles elaborados ou construídos por intérpretes. Em relação especificamente a esses últimos, o autor afirma o seguinte:

Os princípios não expressos são fruto de integração do direito à obra dos operadores do direito. Esses princípios são deduzidos pelos intérpretes, ora de normas singulares, ora de conjuntos mais ou menos amplos de normas, ora do ordenamento jurídico no seu conjunto. Deduz-se um princípio de uma norma singular toda vez que se supõe uma *ratio*, a saber, uma meta que a norma é dirigida a visar, ou um valor do qual a norma é justificada. (*Idem*, p. 193)

Conforme se observa, há um ponto comum entre o que Carvalho denominou de princípios como “limites objetivos” e o entendimento de Guastini a respeito dos princípios “não expressos”: ambos atuam como meio para se atingir um fim específico, que é o verdadeiro princípio ou valor por eles resguardado.⁵² Da mesma forma, ressalvados os critérios de classificação de um ou outro autor, nota-se que em todos eles há o consenso de que os princípios de uma maneira geral são dotados de um alto grau de vagueza e indeterminação, exceção feita aos chamados princípios como “limite objetivo”.

Feitas essas considerações, verifica-se que, do ponto de vista do direito tributário, a liberdade de gestão tem sido tratada de modo geral pela doutrina brasileira no aspecto relativo à *liberdade de contratar* como garantia constitucional e legal assegurada para a prática de atos ou negócios jurídicos lícitos, ou seja, sem a existência de fraude, simulação, ou abuso de direito. Nesse sentido, existem inúmeros estudos doutrinários a respeito do tema, valendo destacar as obras de Xavier (2001), Tôrres (2003), Greco (2008), Pereira (2001), Rolim (2001), dentre tantos outros.

⁵² Em outra passagem de sua obra, Guastini reforça esse entendimento: “[...] b) Num segundo sentido, uma norma N1 é fundamento de uma outra norma N2 quando N2 constitui ‘atuação’ de N1, o que acontece quando N1 é uma norma teleológica, ou seja, uma norma que prescreve um fim, e N2 é um meio para atingir esse fim” (2005, pp. 187/188).

A liberdade de contratar, segundo grande parte dos autores, seria mero desdobramento de diversos princípios constitucionais, começando com o da liberdade inscrito no preâmbulo da Carta Constitucional, livre iniciativa gravado no artigo 1º, IV, e reproduzido no “caput” do artigo 170 e finalmente do o livre exercício da atividade econômica previsto no parágrafo único desse último dispositivo.

Xavier vai mais além, e afirma que o princípio geral de liberdade é aquele:

[...] que decorre da construção sistemática de duas garantias fundamentais: a garantia de liberdade (artigo 5º, caput da CF) e o direito de não ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei prévia do Congresso (artigo 5º, inciso II, CF). A liberdade econômica é um “direito fundamental”. A Constituição considera a “livre iniciativa” fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV) e enumera como direitos e garantias fundamentais a liberdade do “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (artigo 5º, XIII) e o “direito de propriedade (artigo 1º, XXII). Por sua vez, o artigo 170 dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na “livre iniciativa”. Um corolário da livre iniciativa é a liberdade de contratar e de exercício dos direitos civis mediante livre utilização dos institutos e formas de direito privado. (Xavier, 2001, pp. 119-120)

Parece-nos que a liberdade de contratar, sobre a qual se debruçou a doutrina brasileira possui um âmbito de abrangência um pouco mais restrito do que a liberdade de gestão, porque o contrato exige a participação de pelo menos duas partes, enquanto que os atos de gestão podem ou não se materializar sob a forma contratual. Um exemplo de ato de gestão que pode gerar repercussões tributárias, mas que não é um contrato, é a reavaliação espontânea dos ativos da pessoa jurídica que estava prevista no artigo 182, § 3º da Lei nº 6.404/76. Tal reavaliação pode trazer reflexos fiscais em função do novo valor atribuído ao ativo.

No Brasil, a liberdade é um princípio consagrado no preâmbulo e no artigo 5º, “caput” da CF de 1988 e apresenta diversos desdobramentos, que vão desde a liberdade de iniciativa (artigos 1º, IV, 170, “caput”), liberdade de expressão (artigo 5º, IV), liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI) até a liberdade do exercício de atividade econômica (artigo 170, parágrafo único). A esta, aliam-se outros princípios que buscam proteger o valor

segurança (também consagrado no preâmbulo e artigo 5º, “caput”), tal como o direito de propriedade (artigo 5º, “caput” e inciso XXII) e legalidade genérica (artigo 5º, II), até a legalidade estrita em matéria tributária (artigo 150, I).

Portanto, a liberdade é imanente ao Estado Democrático de Direito e possui juridicidade suficiente para projetar-se sobre todo o sistema jurídico, servindo como parâmetro, ou ponto de referência, para a interpretação não só para os enunciados contidos na própria CF, mas também para as leis ordinárias, decretos regulamentares e atos administrativos.

Particularmente, em relação aos atos de gestão da pessoa jurídica, a liberdade a que nos referimos é um princípio “implícito” (Carvalho) ou “não expresso” (Guastini), obtido por dedução dos artigos 1º, IV e 170, “caput” da CF, que consagra a livre iniciativa. Assim como os grandes princípios estruturantes da CF, o da livre iniciativa também não escapa à polissemia, ambiguidade e vagueza e, por essa razão, diversos significados lhe são atribuídos pela doutrina de direito constitucional e econômico. Esta amplitude do princípio foi constatada por Grau, que enxerga na livre iniciativa um desdobramento da liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* às alternativas de conduta e de resultado:

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no artigo 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica* ou de *iniciativa econômica*.

Dela – da *livre iniciativa* – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*. (Grau, 1997, p. 223)

Conforme demonstrado no capítulo IV, os *atos de gestão* são, essencialmente, *decisões* tomadas pelos administradores ou por outros membros da pessoa jurídica, sendo que as mais complexas, na maior parte dos casos, representam uma escolha dos administradores dentre duas ou mais alternativas possíveis nas circunstâncias. Ora, como afirma Grau, a alternativa de conduta, ou de escolha, é ínsita ao conceito de liberdade, bem jurídico tutelado pelo princípio da livre iniciativa e que também pode ser fundamentada e justificada pelo princípio da exclusão de ilicitude (Código Civil, artigo 188, I⁵³) e de exclusão de punibilidade (Código Penal, artigo 23, III⁵⁴), como visto.

Embora ocupado com o tema da autonomia privada, Steinmetz afirma que a liberdade de iniciativa (na qual se insere a liberdade de gestão) somente é praticável se o sistema jurídico conferir às pessoas o poder de autodeterminação e autovinculação:

Ora, a liberdade de iniciativa somente é conceitualmente ‘pensável’ e faticamente praticável se a ordem jurídico-política confere às pessoas o poder de autodeterminação e de autovinculação – isto é, se a ordem jurídico-política assegura a autonomia privada. Logo, ao eleger a livre iniciativa como princípio constitucional fundamental, a CF também tutela a autonomia privada.

Em suma, no Direito Brasileiro, a autonomia privada é um bem constitucionalmente protegido. (Steinmetz, 2005, pp. 28-29)

Segundo Houaiss e Salles (2001), o substantivo *autodeterminação* significa o “ato ou efeito de decidir por si mesmo; livre escolha do próprio destino” e a liberdade de gestão, como visto e repetido, não significa outra coisa senão o direito assegurado aos administradores das pessoas jurídicas de optar, escolher e decidir com autonomia.

⁵³ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

⁵⁴ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

[...]

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

A abordagem constitucional do tema nos parece suficiente para responder afirmativamente à principal indagação deste Capítulo, qual seja, se a liberdade de gestão é um princípio agasalhado pelo sistema jurídico brasileiro. Não obstante, e para reforçar essa conclusão, verifica-se que, também sob a perspectiva da legislação societária, o princípio da liberdade de gestão, agora já no sentido de “limite objetivo” no modelo carvalhiano, foi acolhido pelo artigo 158 da Lei nº 6.404/76, o qual isenta o administrador de responsabilidade contra terceiros pela prática de ato regular de gestão.⁵⁵ Da mesma forma, o artigo 159, § 6º da mesma lei, dispõe que o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando aos interesses da companhia.⁵⁶

Conforme será demonstrado a seguir, esses atos, a que se refere a legislação societária, possuem relação direta com o dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas (artigo 153 da Lei nº 6.404/76), segundo o qual devem eles empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Esta relação entre os atos regulares/normais de gestão e o dever de diligência será tratada adiante com mais detalhes, por enquanto, julgamos importante adiantar que tais atos são aqueles tomados não apenas como liberdade de escolha ou opção (ínsita à liberdade de gestão), mas também como fruto de decisões *informadas, refletidas e fundamentadas*. Por mais que a companhia tenha suportado perdas em decorrência dessas decisões, de acordo com o artigo 158, “caput” e 159, § 6º da Lei nº 6.404/76, se essas perdas tiverem sido fruto de decisões *informadas, refletidas e fundamentadas*, o fisco não poderá questionar os efeitos delas na apuração dos tributos incidentes sobre a renda e o lucro sob o fundamento de uma suposta anormalidade, em qualquer dos significados que atribuímos a essa expressão no presente trabalho.

⁵⁵ “Artigo 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.”

⁵⁶ “§ 6º - O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

Da mesma forma, a dedução não poderá ser questionada sob o fundamento de que tal ou qual critério adotado pelo administrador em sua decisão não foi adequado ou *teria sido melhor* que o administrador seguisse outros critérios que, na visão do fisco, não gerariam a perda, seja porque se torna muito fácil questionar a decisão anos depois, quando certos aspectos levados em conta no processo de tomada decisão eram apenas expectativas (meras potencialidades que poderiam ou não ocorrer) mas que, algum tempo depois, já são dados concretos, realidades com as quais se pode efetivamente lidar, seja porque o fisco não é gestor da companhia e não possui competência para decidir o que é ou deixa de ser melhor para ela.

É esse julgamento de conveniência e oportunidade, de competência exclusiva e restrita dos administradores, que está protegido contra a ingerência do fisco, pelo influxo do princípio constitucional da liberdade de gestão ou da autonomia privada sobre os artigos 158, “caput” e 159, § 6º da Lei nº 6.404/76. A liberdade de gestão aparece aqui em sua dimensão concreta e garantidora da livre iniciativa, mas também enquanto exercício regular de direito reconhecido como ação e conduta legítima e, portanto, apta a ser protegida e acolhida pelo direito e não criticada ou rejeitada em relação a seus efeitos.

Note-se que, quando se fala em ingerência do fisco, não se está falando do direito legítimo que ele tem de desconsiderar atos ou negócios praticados com abuso de direito, fraude ou simulação. A ingerência pressupõe, como vimos no Capítulo VII: (i) a identificação de um ato de gestão praticado pelo contribuinte em que tenha ocorrido uma perda ou ausência de ganho); (ii) a avaliação subjetiva do fisco a respeito da conveniência e oportunidade quanto à prática do ato; iii) rejeição do fisco quanto aos efeitos tributários do ato, seja por existirem outros atos que o contribuinte também poderia ter praticado, mas com efeitos tributários diversos, seja por existirem outros critérios no processo de tomada de decisão e que se tivessem sido adotados, não implicariam uma perda ou ausência de ganho.

Embora tratando do tema da elisão e evasão fiscal, e não do ato anormal de gestão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região fez menção ao princípio da liberdade do contribuinte para gerir suas atividades em busca da menor onerosidade tributária possível,

desde que dentro da zona de licitude que o ordenamento jurídico lhe assegura⁵⁷. O importante neste precedente não é o seu resultado e tampouco a distinção feita entre elisão e evasão fiscal, mas sim o fato de que a jurisprudência reconhece o influxo do princípio geral da liberdade quando se trata de avaliar a conduta do contribuinte e seus reflexos no âmbito tributário.

No Acórdão 107-06.934, proferido pela então 7ª Câmara do antigo Conselho de Contribuintes, essa vedação à crítica de um ato de gestão ficou clara no voto do conselheiro relator que, por bem sintetizar a questão, acabou sendo reproduzida na ementa do julgado. O caso dizia respeito a uma perda incorrida em decorrência da desvalorização de títulos no mercado americano que haviam sido adquiridos pela empresa a valor de mercado - US\$ 17.250.000,00 (dezesete milhões, duzentos e cinquenta mil dólares) - no mês de fevereiro de 1996 e que apresentaram uma queda significativa nos meses subsequentes. Supondo que este teria sido um mau negócio, a empresa decidiu então vender os referidos títulos por US\$ 14.250.000,00 (quatorze milhões, duzentos e cinquenta mil dólares), ou seja, com um deságio de US\$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares), tendo esta perda sido deduzida das bases de cálculo do IRPJ e CSL.

O lançamento fiscal foi feito com supedâneo no artigo 242 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994 (RIR/94), cuja base legal era o artigo 47 da Lei nº 4.506/64, que trata da dedutibilidade das despesas operacionais na base de cálculo do IRPJ e as condiciona aos requisitos da necessidade, usualidade e *normalidade*. De acordo com o fundamento do voto vencedor, que acabou sendo reproduzido na ementa do acórdão, seria “(...) *de grande dificuldade a aplicação da subjetividade contida nesse dispositivo do RIR/94 ao caso concreto. É de se convir que a decisão sobre o tipo de operação que se deva realizar, visando*

⁵⁷ **“INCORPORAÇÃO. AUTUAÇÃO. ELISÃO E EVASÃO FISCAL. LIMITES. SIMULAÇÃO. EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.**

1. Dá-se a elisão fiscal quando, por meios lícitos e diretos o contribuinte planeja evitar ou minimizar a tributação. Esse planejamento se fundamenta na liberdade que possui de gerir suas atividades e seus negócios em busca da menor onerosidade tributária possível, dentro da zona de licitude que o ordenamento jurídico lhe assegura.

2. Tal liberdade é possível apenas anteriormente à ocorrência do fato gerador, pois, uma vez ocorrido este, surge a obrigação tributária.

3. A elisão tributária, todavia, não se confunde com a evasão fiscal, na qual o contribuinte utiliza meios ilícitos para reduzir a carga tributária após a ocorrência do fato gerador.

4. Admite-se a elisão fiscal quando não houver simulação do contribuinte. Contudo, quando o contribuinte lança mão de meios indiretos para tanto, há simulação.

5. Economicamente inviável a operação de incorporação procedida (da superavitária pela deficitária), é legal a autuação.” (Processo nº 2004.04.01.044424-0/RS, Relator Dirceu de Almeida Soares – Segunda Turma - DJ 26/01/05)

a obtenção de lucros legítimos, acoplados à manutenção da saúde financeira da empresa, é uma questão essencialmente gerencial, ‘interna corporis’, e que, por ser gerencial, traz consigo um componente de risco que indubitavelmente deve ser levado em consideração. A decisão sobre o tipo de investimento a ser efetuado e o momento em que deve ser levado a cabo diz respeito ao investidor, descabendo a terceiros o direito de interferir ou fazer injunções a respeito da oportunidade ou viabilidade da operação.”

Todavia, em que pese a CF garantir a liberdade de gestão no sentido acima demonstrado, assim como o seu reconhecimento pela jurisprudência, já adiantamos e reconhecemos que essa liberdade não é absoluta e ela certamente cede espaço para outros princípios constitucionais, como o da função social da propriedade previsto tanto do artigo 5º como do artigo 170, III da CF, o princípio da legalidade e, para alguns autores, como Greco (2008) o próprio princípio da capacidade contributiva em sua acepção mais ampla ou positiva.

A relação entre esses princípios no contexto no ato anormal de gestão será tratada mais adiante, mas, por enquanto, e para concluir o capítulo, entendemos que no ordenamento jurídico brasileiro é possível também pensar em princípio da liberdade de gestão e o seu equivalente na negativa, qual seja, o princípio da não ingerência de terceiros, incluindo o fisco, nos atos normais de gestão da pessoa jurídica.

2 – OS ATOS NORMAIS DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA BRASILEIRA

O artigo 121 do DL n° 2.627/40 dispunha que os diretores não respondiam pessoalmente pelas obrigações que contraíssem em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão, exceto se agissem com culpa ou dolo ou ainda, com violação da lei ou dos estatutos.⁵⁸ Semelhante regra foi reproduzida através do artigo 158 da Lei n° 6.404/76, que isenta o administrador de responsabilidade em virtude de ato regular de gestão, nos seguintes termos:

⁵⁸ “Artigo 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§ 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem quando procederem:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou dos estatutos.

Artigo 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

- I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
- II - com violação da lei ou do estatuto.

Observa-se que, os incisos I e II do referido dispositivo, delimitam o âmbito de responsabilidade pessoal dos administradores de sociedades anônimas apenas às seguintes hipóteses: I) quando agir com culpa ou dolo, ainda que o ato tenha sido praticado dentro de suas atribuições ou poderes; II) quando seu ato implicar violação da lei ou do estatuto. O “caput” do dispositivo protege o administrador quando ele praticar um ato regular de gestão. Mas o que vem a ser esse *ato regular* a que se refere o dispositivo? Poderíamos equiparar o *regular* ao *normal*? Em que sentido e extensão? *Regular/normal* no sentido de habitual e rotineiro ou em conformidade com um padrão de comportamento médio previamente estabelecido?

A doutrina brasileira de um modo geral qualifica os atos regulares de gestão no âmbito das sociedades anônimas em contraposição ao que dispõem os incisos I e II do artigo 158 da Lei nº 6.404/76, ou seja, os atos praticados em conformidade com a lei são o objeto social da companhia e o estatuto. Nesse sentido, alinham-se as opiniões de Waldecy Lucena (2009, p. 559)⁵⁹, Sampaio Campos (2009, p. 1.205),⁶⁰ Adamek, Tavares Guerreiro e Eizirik (*apud* Adamek, 2009, p. 212).⁶¹

⁵⁹ “O ato é, assim, do órgão, não do administrador. Daí que o diretor ou diretores não assumem responsabilidade pessoal, desde que se trate de *ato regular de gestão*. Por este, há de se entender o praticado em nome da sociedade e de conformidade com a lei e o estatuto.”

⁶⁰ “Atos regulares de gestão são aqueles que são praticados pelos administradores regularmente eleitos e empossados dentro de suas atribuições e de acordo com os poderes que lhes são conferidos pela LSA ou pelo estatuto, respeitada a respectiva competência e o objeto social da companhia.”

⁶¹ “A noção antagônica da expressão ‘ato regular de gestão’ deve compreender-se logicamente na expressão antitética ‘ato irregular de gestão’, como verso e reverso da mesma moeda. E, como necessariamente os únicos parâmetros válidos para a aferição da regularidade do ato do administrador devem ser encontrados na lei ou no estatuto (ato-norma), segue-se que irregular será o ato de gestão praticado com violação da lei ou do estatuto; também o será o ato praticado fora dos limites das atribuições de seu cargo, já que semelhante atuação, por evidente, contrastará igualmente com a lei e com o estatuto. Com razão, observa José Alexandre Tavares Guerreiro que o legislador pátrio teria assim ‘incidido em manifesta tautologia, ao erigir como pressuposto da irresponsabilidade do administrador a condicionante de ter o ato por ele praticado se revestido da conotação necessária de ato regular de gestão’, pois, se ‘os únicos parâmetros admissíveis para a aferição da regularidade do ato de gestão são exatamente os preceitos da lei e as disposições do estatuto’ – conclui o citado autor -, ‘não há sentido para a duplicidade de condições’. As noções de ato irregular de gestão e ato praticado com violação da lei ou do estatuto acabam por se confundir, de modo que ‘será ato irregular de gestão todo aquele que resultar da infração de dever legal do administrador, qualquer que seja’ e aquele que ‘contrariar o estatuto’. Forçoso reconhecer, portanto, como faz Nelson Eizirik, que ato regular de gestão será apenas ‘aquele praticado nos limites das atribuições dos administradores e sem violação da lei ou do estatuto.’”

Carvalhosa (2003 p. 360) entende que “Os atos necessários ao funcionamento normal da sociedade correspondem às obrigações de fazer impostas pela lei aos administradores, dentro da administração ordinária.” O referido autor equipara, assim, os atos regulares de gestão àqueles correspondentes à *gestão ordinária* da companhia, em contraposição à *gestão extraordinária*. Porém, ao comentar essa distinção, o faz para fins de delimitação da responsabilidade ou não da companhia pelos atos de seus administradores à luz da teoria da aparência e afirma:

Para que se possa verificar quando prevalecem o princípio da publicidade e o da aparência, há que melhor conceituar o que seja a gestão ordinária e a extraordinária. Pertencem à primeira categoria os negócios jurídicos que podem ser celebrados pelos diretores independentemente de qualquer deliberação do Conselho de Administração ou da assembléia geral. São aqueles previstos, no estatuto, como de sua competência originária. Administração extraordinária ocorre quando os atos somente podem ser praticados pelos diretores mediante prévia autorização do Conselho ou assembléia geral. (Carvalhosa, 2003, p. 179).

Porém, em que pese o seu entendimento, o autor destaca que há uma tendência na doutrina a admitir que mesmo atos e negócios que demandem deliberação de outro órgão social podem ser considerados de administração ordinária, desde que visem a atender ao *interesse social* que seria, nesta visão, o critério de validade dos atos de gestão (*Idem.*, nota de rodapé). Como será visto adiante, a questão do *interesse social* é importantíssima para a caracterização ou não de um ato anormal de gestão e influi na delimitação da responsabilidade pela prática do ato perante terceiros: se da pessoa jurídica, do administrador ou de ambos.

De fato, a definição do ato regular de gestão apenas como aqueles não contrários à lei ou ao estatuto nos parece insuficiente para cobrir uma ampla gama de outros atos praticados, ainda que ocorra a violação da lei ou do estatuto, mas que podem revelar-se, ao final, alinhados ao interesse social da companhia.

Daí a afirmação de Tavares Guerreiro:

Não se pode negar, na experiência concreta, que se defere aos administradores certa margem de discricionariedade na condução dos negócios sociais, pois nem a lei nem o estatuto poderão jamais definir, com exatidão e amplitude exaustiva, as condições específicas de legitimação dos gestores à prática dos chamados atos regulares de gestão, individualmente considerados. Na aferição da conduta dos administradores, dois fatores, porém, introduzem elementos de singular expressão. Em primeiro lugar, a relativa discricionariedade da gestão tem por limite específico o objeto social, que há de ser definido no estatuto de modo preciso e completo, segundo o preceito do § 2º do artigo 2º da lei. Além dessa limitação de caráter objetivo, outro temperamento se impõe: a liberdade de gestão somente se admite enquanto ordenada a perseguir um escopo concreto: o atendimento do interesse social. (Tavares Guerreiro, 1981, p. 74)

O *interesse social*, a que se referiu Tavares Guerreiro, é equiparado, por uma parte da doutrina, ao *interesse da companhia*, expressão utilizada pelos artigos 115,⁶² 154,⁶³ e 159, § 6º⁶⁴ da Lei nº 6.404/76, ao tratar do abuso do direito de voto, finalidade das atribuições e exclusão de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. De fato, após identificar a *finalidade imediata* da companhia como sendo a persecução de seu objeto social e a *finalidade mediata* a obtenção de lucros, Lucena (2009, vol. II, p. 457) afirma que o *interesse da companhia* referido no artigo 154 é o chamado *interesse social* e que este está “[...] voltado para as vantagens que podem advir para a sociedade, ainda mesmo que os atos praticados não se enquadrem perfeitamente dentro do objeto da companhia.” E conclui, afirmando que, se o administrador:

⁶² “Artigo 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

⁶³ “Artigo 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

⁶⁴ “Artigo 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

(...)

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

[...] não se excedeu, nem se desviou de seus poderes gestórios e de *apresentação* da companhia, não haverá fundamento para se imputar ao administrador qualquer responsabilidade. Os azares, a álea, a tirania das circunstâncias (como as chamou Galbraith) rondam os negócios. E em países como o nosso, de economia instável, há ainda o *fato do príncipe* (lançamento de planos econômicos, mudança de moeda, etc.), a transformar, repentinamente, bons negócios em caminho certo até mesmo para a quebra. (*Idem*, p. 458).

A respeito do assunto, Couto Silva (2007, p. 108) faz um paralelo entre os limites da administração na gestão da coisa pública e os atos regulares de gestão praticados por administradores de empresas. De fato, sabe-se que os atos da administração pública, como regra, são vinculados à lei, por força do artigo 37, “caput” da CF⁶⁵ e artigo 2º da Lei nº 9.784/99⁶⁶. E os atos dos administradores de empresas, também como regra, não podem violar a lei ou o estatuto (artigo 158, II da Lei nº 6.404/76).

Contudo, mesmo no campo da administração pública, essa regra não é absoluta, e em alguns casos a própria lei cede espaço e dá ao administrador uma certa margem de liberdade para praticar determinados atos, conforme critérios de conveniência e oportunidade, *sempre visando o interesse público*. Essa margem de liberdade é o que a doutrina administrativista denomina de “discricionariedade” do administrador na gestão da coisa pública. Conforme afirma Bandeira de Mello (*apud* Couto Silva, 2007, p. 110):

Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

⁶⁵ “Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)”

⁶⁶ “Artigo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

A discricionariedade está ligada à ideia de conveniência e oportunidade para a prática do ato, ou seja, quando autorizado a agir discricionariamente, o administrador público acabará sendo obrigado a realizar uma avaliação que envolve um certo grau de subjetivismo no processo de tomada de decisão. E é exatamente por não estarem vinculados à lei e resultarem de uma avaliação subjetiva que esses atos não estão submetidos a controle judicial.

Conforme afirma Couto Silva:

Cabe lembrar que a prática de atos discricionários tem por fundamento a liberdade conferida ao administrador público de adotar uma ou outra conduta ao aplicar a lei ao caso concreto, sendo-lhe outorgado o poder de adotar a conduta que entender ser a mais correta. Por outro lado, a outorga desse poder não é ilimitada, devendo sempre o administrador público respeitar a finalidade delimitada pela lei e os interesses da coletividade. É exatamente nesse aspecto que se insere o controle judicial dos atos discricionários. Há, portanto, uma evidente limitação do controle judicial sobre os atos discricionários, não podendo o Judiciário invadir a seara da Administração Pública, fazendo juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato discricionário, que são prerrogativas da administração. O Judiciário poderá, sim, fazer o controle da legalidade dentre os fatores limitadores do poder discricionário, avaliando a existência de atendimento à finalidade imposta pela lei (abuso de poder). O objeto do controle judicial é verificar se a conduta foi discricionária e não arbitrária. Constatado que o agente administrativo não respeitou os limites estabelecidos pela lei, não poderá ser considerado discricionário o ato, mas sim arbitrário. Couto Silva (2007, p. 111)

O paralelo traçado por Couto Silva é interessante porque mostra que há um denominador comum na atividade de administrar, seja o bem público seja o privado, a saber: a busca do *interesse social*; e que os atos praticados com esta finalidade, mesmo que não previstos expressamente no estatuto social, estão inseridos dentro de uma esfera mínima de liberdade que lhe garante proteção contra o questionamento de terceiros.

Slerca Júnior buscou orientação na doutrina e jurisprudência francesas para concluir que:

[...] ao juiz não é facultado o exame dos critérios de oportunidade e conveniência da orientação empresarial imprimida aos negócios sociais pelo controlador. Nas conclusivas palavras de Dominique Schimidt, após análise de jurisprudência: 'Para qualificar o abuso, o juiz não será mais conduzido a se imiscuir na política majoritária e se substituir ao poder dirigente; seu papel consiste em resolver um conflito de interesses provocado não pela contestação da oportunidade de uma política, mas pela ruptura da igualdade entre os acionistas'. Nessa linha de pensamento, a intervenção judicial limitar-se-á apenas ao controle da legalidade, não podendo tratar o magistrado do mérito propriamente dito da orientação empresarial adotada. Essa pode, até, hipoteticamente, estar, em termos comerciais, errada. No entanto, se proferida dentro dos limites impostos pela lei, o Judiciário não poderá atender às reclamações da minoria acionária e adentrar a verificação do acerto ou erro. (Slerca Júnior, 1989, p. 60)

O entendimento de Sampaio Campos segue a mesma direção:

O administrador é livre para decidir sobre a conveniência e oportunidade dos negócios sociais, podendo, naturalmente, ter sucesso ou não na sua decisão. De seu eventual erro ou insucesso na tomada de decisão não repercutirá qualquer responsabilidade, porquanto tenha decidido de maneira diligente, em boa-fé e naquilo que supôs ser o melhor interesse social. É que o erro de gestão, por si só, em regra, não traz responsabilidade para o administrador. Por isso que GUYON (2003, n. 459, p. 502) afirma que a gestão social é mais uma questão de oportunidade do que de legalidade. Há diversas razões para que o Poder Judiciário – ou mesmo os juízes administrativos – não interfiram no mérito das decisões tomadas pelos administradores, especialmente quando esse juízo se dá *ex post*. Destaca-se a dificuldade em se reproduzir o contexto em que a decisão foi tomada, notadamente as pressões presentes à época, o tempo e as informações disponíveis no momento da tomada de decisão, além da própria visão peculiar do administrador a respeito do negócio, da prioridade e relevância da decisão e do impacto nos negócios sociais. Sampaio Campos (2009, vol. I, p. 1.106):

De fato, uma boa parte dos atos de gestão não está prevista expressamente no contrato social ou estatuto das pessoas jurídicas, mas mesmo quando previsto, o ato, a decisão por praticá-lo, ou não, é exclusiva do administrador. Da mesma forma, a decisão de optar por este ou aquele ato (ato de escolha) também é de sua competência exclusiva, sujeita ao que é conveniente e oportuno para a empresa naquele momento e naquelas circunstâncias, visando, vale repetir, o *interesse da companhia*. Por essa razão, como afirmou Slerca Júnior, assim como não é dado ao Judiciário intervir nos critérios de conveniência e oportunidade das decisões de gestão, também não podem as autoridades fiscais alegar que, também por conveniência ou oportunidade, uma outra opção teria sido mais adequada, a partir da suposição de que tal ato não teria gerado perdas à pessoa jurídica ou simplesmente por gerar reflexos fiscais que não atendem aos interesses da arrecadação.

3 – OS ATOS ANORMAIS DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA BRASILEIRA

Da mesma forma que na doutrina e jurisprudência francesas, pode-se dizer que, no Brasil, o núcleo conceitual do ato anormal de gestão também repousa sobre a ideia de ato *contrário aos interesses da empresa*. A iniciar pela definição, já consagrada na doutrina, de ato regular de gestão em contraposição aos atos irregulares de gestão previstos nos incisos I e II do artigo 158 da Lei nº 6.404/76, quais sejam: os atos praticados com culpa ou dolo (inciso I) e/ou com violação da lei ou do estatuto (inciso II). Como se vê, as condutas previstas nos referidos incisos podem abranger uma infinidade de atos de gestão: pelo inciso I, qualquer ato, desde que não atenda aos interesses da companhia e seja praticado com culpa ou dolo e, pelo inciso II, com violação da lei ou do estatuto, também desde que não atenda aos interesses da companhia. Entrariam aqui, por decorrência, os atos praticados com excesso de poderes, na medida em que, nas sociedades anônimas, os poderes dos administradores estão previstos ou na própria Lei nº 6.404/76 ou nos estatutos da companhia.

Adicionalmente, a própria Lei nº 6.404/76, ao vedar a prática de certos atos pelos administradores, enumera algumas hipóteses configuradoras de ato anormal de gestão, principalmente através dos artigos 154, § 2º e incisos e 155, I, II e III, quais sejam:

- praticar ato de liberalidade à custa da companhia (artigo 154, § 2º, “a”);
- sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; (artigo 154, § 2º, “b”);
- receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. (artigo 154, § 2º, “c”);
- usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; (artigo 155, I)
- omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; (artigo 155, II)
- adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir; (artigo 155, III)

Observa-se que a maioria desses atos estão associados a alguma vantagem obtida pelos administradores em relação à própria pessoa jurídica ou com terceiros, desde que possa ser de interesse da companhia. Dentre esses atos, o que mais interessa, tendo em mente os objetivos do presente estudo, são os atos de liberalidade, devido à sua ligação com o artigo 47 da Lei nº 4.506/64, que veda a dedutibilidade de despesas anormais e desnecessárias da base de cálculo do IRPJ, assim como com a figura da DDL.

3.1 – Atos de liberalidade

Comentando os atos de liberalidade sob a égide do DL nº 2.627/40 (artigo 119),⁶⁷ Miranda Valverde (1953, vol. II, p. 311) considerava-os como aqueles que “[...] diminuem, de qualquer sorte, o patrimônio social, sem que tragam para a sociedade nenhum benefício ou vantagem de ordem econômica.” A amplitude do conceito de *liberalidade* já havia sido

⁶⁷ “Artigo 119. Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade. Não lhes será, igualmente, lícito hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos estatutos ou da assembleia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade.”

identificada pela doutrina à época do DL n° 2.627/40, o que levou Menezes (1973, p. 53) a afirmar que ela poderia ser direta e inequívoca como também indireta, sendo esta última revelada pelo impedimento à aquisição de algum direito pela sociedade. Assim, de acordo com o referido autor, constituiriam atos de liberalidade: i) a renúncia de direitos; ii) prestação de fiança em nome da sociedade; iii) empréstimo ou cessão de bens da sociedade (1973, p. 53).

Consequentemente, os atos de liberalidade não seriam apenas aqueles que diminuem o patrimônio social, mas também aquelas omissões que *impeçam* o seu aumento e, ainda mais, a regra seria de natureza objetiva, ou seja, não comportaria a investigação da intenção do administrador, de forma que seria irrelevante se a liberalidade foi praticada de boa ou má-fé, pouco importando também o montante envolvido (Menezes, 1973, p. 55).

Ao que parece, para Menezes, o critério chave seria identificar se o ato é uma liberalidade de fato ou apenas aparente, uma vez que existem muitos atos que aparentam uma generosidade gratuita, e que, na verdade, são investimentos que podem ser vantajosos para a empresa, sendo, portanto, de seu interesse. O referido autor dá os seguintes exemplos (1973, p. 58):

[...] doações a entidades presididas por figuras políticas ou por pessoa com quem a empresa mantenha negócios; presentes ou financiamento de viagens oferecidas a figuras públicas ou dirigentes de pessoas jurídicas suas clientes; bolsas de estudo e contribuições a entidades científicas, com a finalidade de garantir prioridade na contratação de estudantes após a conclusão do aprendizado; contribuições a entidades, ainda que filantrópicas, com o objetivo de promover a imagem da empresa junto ao público, etc...

Os exemplos de Menezes nos parecem ser aquilo que Sampaio Campos (2009, vol. I, p. 1.124) denominou de *liberalidades interesseiras* que, no entendimento deste autor, não estariam abrangidas pelo conceito de liberalidade previsto na Lei n° 6.404/76.⁶⁸

⁶⁸ Há, entretanto, diversos atos que são apenas aparentemente gratuitos e de liberalidade. Muitas vezes – tal qual o conceito de gratidão humana de *La Rochefoucauld* – se vê atos gratuitos que são praticados na expectativa de receber compensações futuras. Seriam as chamadas liberalidades interesseiras, que não se confundem com os atos de liberalidade vedados pela LSA e por isso não são vedadas.

Da mesma forma, Sampaio Campos entende que a liberalidade não compreende atos que, embora tragam diminuição do patrimônio social, tenham a *perspectiva* de trazer algum retorno para a companhia, ainda que imediato. E, segundo o autor, mesmo que essa perspectiva seja frustrada, nem por isso o ato seria considerado uma liberalidade:

Essa definição deve, contudo, ser entendida de maneira a não impedir que sejam praticados atos que, embora eventualmente tragam diminuição do patrimônio social, tenham a perspectiva de obter algum retorno para a companhia, ainda que indireto. Essa perspectiva de retorno, é bom que se diga, não precisa traduzir-se imediatamente no aumento do patrimônio social ou em benefícios para a companhia, ainda que conceitual, mas apenas mediadamente, de modo que tanto a perspectiva de retorno direto quanto a de indireto autorizam a prática do ato.

É importante, então, que ao se praticar o ato, se tenha em vista uma perspectiva de contrapartida ou de compensação, que até pode vir a se frustrar, mas nem por isso o ato será considerado de liberalidade. (Sampaio Campos, 2009, vol. I, p. 1.123)

Modesto Carvalhosa (2003, vol. III, pp. 279-280), por sua vez, identifica três tipos de liberalidade:

- liberalidade direta: quando há doação, empréstimo ou oneração de bens da companhia a terceiros sem contrapartida equitativa;
- liberalidade por omissão: quando o administrador, mesmo sem conhecimento prévio, permite que terceiro ocupe e/ou use bens da companhia, também sem contrapartida adequada;
- liberalidade indireta: quando o administrador permite que o capital da companhia seja supercapitalizado pela conferência de bens ou direitos com valor superior ao real. O prejuízo, aqui, seria em relação ao montante do capital efetivamente integralizado, que se reverteria em benefício dos acionistas subscritores.

O autor classifica ainda como atos de liberalidade: a renúncia de direitos, o oferecimento de garantias e a distribuição, sem autorização do estatuto ou assembleia geral, de dividendos com base em lucros futuros (dividendos antecipados) (2003, p. 280).

Do ponto de vista da jurisprudência administrativa e judicial, podem ser colhidos alguns exemplos mais concretos de atos de liberalidade, a saber:

- cessão gratuita de veículos da sociedade para o Município;⁶⁹
- concessão de pensão mensal a viúva de diretor da sociedade;⁷⁰

O estudo dos atos de liberalidade sob a perspectiva do direito societário parece-nos fundamental, uma vez que ele permite uma compreensão mais adequada acerca da regra de dedutibilidade das despesas operacionais da base de cálculo do IRPJ em virtude de sua correlação com o artigo 47 da Lei nº 4.506/64 e do significado que lhe dá a jurisprudência administrativa. Da mesma forma, permite-nos equiparar a DDL a uma liberalidade, uma das espécies pertencentes à classe dos atos anormais de gestão.

4 – O DEVER DE DILIGÊNCIA NO CONTEXTO DO ATO ANORMAL DE GESTÃO

A análise do cumprimento ou não do dever de diligência também se mostra relevante para a identificação de um ato anormal de gestão, principalmente quando se cogita a assunção de riscos e à medida que o emprego de certos cuidados por parte dos administradores afasta a anormalidade do ato. Nesse sentido, o artigo 153 da Lei nº 6.404/76 determina que o administrador da companhia “(...) deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” No mesmo sentido é a redação no artigo 1.011 do Código Civil de 2002, aplicável às demais sociedades.⁷¹

Esta regra seria, segundo Sampaio Campos,

⁶⁹ Processo sancionador CVM nº 07/03, Relator Diretor Marcelo Fernandez Trindade, julgado em 4/7/07. www.cvm.gov.br, acesso em 9/8/10.

⁷⁰ Tribunal de Alçada de Minas Gerais – 3ª Câmara, Apelação Cível nº 330.066-3, Relator Juiz Wander Marotta, julgado em 2/5/01.

⁷¹ “Artigo 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

[...] a pedra de toque da atuação dos administradores, estabelecendo que o administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. O dever de diligência é o de maior abrangência imposto pela LSA ao administrador. Essa é a regra máxima da atividade dos administradores da companhia, o padrão de comportamento a que se refere a exposição de motivos e do qual se desdobram os demais deveres. É, em uma palavra, a ‘chave’ da responsabilização dos administradores. (Sampaio Campos, 2009, vol. I, p. 1.097)

O padrão adotado pela lei, segundo Modesto Carvalhosa (2003, vol. III, p. 230), remonta ao direito romano e à figura do *bonus pater familias* (bom pai de família), a partir dos quais a diligência tinha o sentido de cuidado ativo, zelo e prudência. Assim, o dever de diligência exigido pela lei, na visão deste autor, é o comum, ordinário, ou seja, refere-se à conduta ou decisão esperada de um homem ativo e probo. Trata-se, portanto, de um *standard*, um padrão abstrato de comportamento, uma linha de conduta que não possui conteúdo objetivo, rígido e predeterminado (Carvalhosa, 2003, vol. III, p. 228). Em sentido contrário, apesar de entender também que se trata de um *standard* de conduta, Sampaio Campos afirma que a lei não se refere à figura do bom pai de família do direito romano, mas sim ao do *homem de negócios* do direito anglo-saxão e a razão para tanto nos parece bastante razoável: a figura do *bonus pater familias* dos romanos seria avessa a riscos e o risco é inerente à atividade empresarial. Nas palavras do referido autor:

Não obstante seja genérico, esse padrão tem conteúdo específico e se equivocam aqueles que pretendem assimilar ao padrão da LSA o comportamento do *pater familiae*. (...) É que, embora o administrador não seja, tecnicamente, comerciante – daí o legislador ter alterado a redação do artigo 142 do Código Comercial, substituindo a expressão ‘comerciante’ pelo termo ‘homem’ -, para efeito de referência essa seria a postura da qual se deve extrair o comportamento mais adequado à sociedade anônima. E essa distinção faz sentido, pois o comportamento do bom pai de família não se ajusta ao do administrador da companhia. O modelo teórico do bom pai de família, proveniente do direito romano, remete a uma pessoa conservadora e avessa a riscos, preocupada mais em preservar o patrimônio do que em aumentá-lo. A estrutura da companhia pressupõe a propensão ao risco empresarial e, muitas vezes, a adoção de posturas criativas e inovadoras. O aplicador da lei deve estar atento a essas peculiaridades. (2009, vol. I, p. 1.100)

Por isso mesmo, não há como verificar, *a priori*, ou seja, com base apenas no texto da lei, se o administrador agiu ou não com a diligência exigida, uma vez que esse exame somente é possível mediante a reconstrução de todo o contexto existente à época em que foi praticado o ato de gestão.

Segundo Adamek (2009, pp. 125-126), essa avaliação deve levar em conta: “(i) o tipo de atividade exercida pela companhia, bem como a sua dimensão e importância; (ii) os recursos disponíveis aos administradores; (iii) o momento e as circunstâncias que envolveram a tomada de decisão; e (iv) todas as demais particularidades, inclusive as qualidades individuais de administrador que serviram de base para a sua nomeação.”

Um aspecto que sempre mereceu críticas diz respeito à análise *ex post facto* da conduta do administrador, ou seja, como regra, o questionamento do ato sempre ocorrerá algum tempo depois de ele ter sido praticado. A objeção que se apresenta, com toda razão, é de que não se pode, às vezes muitos anos após o ato ter sido praticado, concluir que o administrador agiu sem diligência simplesmente porque sua decisão causou uma perda à companhia ou ela deixou de obter um ganho maior do que aquele efetivamente obtido. Assim, não se deve avaliar isoladamente o montante do prejuízo ou o valor que a companhia deixou de ganhar, pois o dever de diligência é uma obrigação de meio e não de fim, de maneira que:

Ao contrastar a conduta do administrador à luz do dever de diligência, o intérprete não pode olvidar a necessidade de, em sede de juízo retrospectivo, aferir as alternativas disponíveis *por ocasião* da tomada de decisão, à luz da realidade e dos fatos da época, e não depois dos fatos consumados. Não se há de perquirir propriamente se a decisão tomada foi a melhor possível, à vista do que posteriormente sucedeu. Deve-se analisar, sim, se, por ocasião da tomada da decisão, a conduta do administrador foi razoável e apropriada à luz dos fatos e do ambiente então vigentes. (Adamek, 2009, pp. 127-128).

Conforme aponta Adamek (2009, p. 132), a existência de prejuízo ou do lucro, por si só, é insuficiente para aferir a observância ou não do dever de diligência, pois “O mau resultado pode ser mero reflexo de problemas conjunturais ou de deficiências de estrutura da própria companhia, frente aos quais qualquer administrador, por mais ativo, diligente e capaz

que fosse, não teria podido evitar as perdas.” Da mesma forma, em relação à obtenção de grandes lucros, já afirmava Miranda Valverde (*apud* Adamek, p. 133) que:

[...] se bem que a responsabilidade civil dos administradores pressuponha sempre a existência de prejuízos causados à sociedade, não é de aferir-se a conduta por eles seguida na gestão dos negócios sociais pelos resultados obtidos e, sim, pela normalidade das operações que empreenderam e executaram. Assim, o fato de terem os administradores conseguido grandes lucros com negócios arriscados, ou estranhos ao objeto da sociedade, não serve para caracterizar uma boa e prudente administração.

Assim, é preciso, sempre, *voltar no tempo* e avaliar as condições e os elementos presentes no momento da tomada de decisão para, somente a partir daí, concluir se houve ou não descumprimento do dever de diligência. Esse processo de avaliação guarda muita semelhança com a *business judgment rule* já mencionada anteriormente. Apenas lembrando, a *business judgment rule* veda a revisão judicial do mérito das decisões negociais para fins de atribuição de responsabilidade aos administradores por perdas causadas à companhia em decorrência de suas decisões. Note-se que a proibição diz respeito ao mérito, isto é, à avaliação quanto à conveniência e oportunidade da decisão, mas o juiz poderá verificar se o administrador tomou os cuidados necessários no processo de tomada de decisão.

Esses cuidados são aqueles ínsitos ao dever de diligência que, segundo Parente (2005, pp. 101-102), são representados por cinco deveres distintos, quais sejam:

- a) o dever de se qualificar para o exercício do cargo;
- b) o dever de bem administrar;
- c) o dever de se informar;
- d) o dever de investigar;
- e) o dever de vigiar.

Dentre esses, parece-nos que os mais importantes na avaliação administrativa ou judicial seriam o dever de se informar, de investigar e vigiar, na medida em que, cumpridos, também estará cumprido o dever de bem administrar.

Assim, sempre que tomada uma decisão de gestão importante, o administrador terá a obrigação de cercar-se de todas as informações relativas ao ato ou negócio a ser praticado e, para tanto, poderá basear-se em estudos e relatórios preparados tanto por outros membros da administração da companhia como de terceiros. Naturalmente que, nessa condição, espera-se que o administrador inicie o processo de reflexão e análise crítica das informações, o que implica um outro dever, qual seja, o de investigar. Segundo Parente:

[...] o dever de investigar obriga os administradores não apenas a examinarem se as informações disponíveis são suficientes ou se devem ser complementadas, como também, lhes impõe o dever de averiguar se os fatos ou informações de que tenham conhecimento possam causar algum prejuízo à sociedade, hipótese em que deverão tomar as providências necessárias para evitá-lo. (Parente, 2009, pp. 120-121)

Ainda quanto ao dever de se informar e investigar, Adamek (2009, pp. 129-130) cita um precedente da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, no qual o Diretor Pedro Oliva Marcilio de Souza delimita não só o que é uma decisão informada, mas também acrescenta outros dois aspectos do dever de diligência, quais sejam, a *decisão refletida* e a *decisão desinteressada*. De fato, nas palavras do referido Diretor:

Para utilizar a regra da decisão negocial, o administrador deve seguir os seguintes princípios: (i) *decisão informada*: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação; (ii) *decisão refletida*: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis conseqüências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e (iii) *decisão*

desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador.”⁷²

Por fim, o dever de vigiar implica a obrigação do administrador em supervisionar as atividades sociais da companhia de um modo geral. Não se trata de uma vigilância que deve ser feita de maneira detalhada e específica em relação a cada ato de gestão praticado pelos outros administradores da companhia ou de seus subordinados, até porque isso seria impossível, mas sim de um dever geral de supervisão.

4.1 – Dever de diligência, risco e risco excessivo

Um aspecto que pouco tem sido abordado no âmbito do dever de diligência diz respeito ao grau de risco assumido pelo administrador no ato de gestão. O ponto que interessa não é o risco em si, mas o risco *excessivo*, uma vez que a assunção de riscos é inerente a todo e qualquer empreendimento que vise o lucro, sendo inclusive desejável.

De fato, ao comentar os motivos subjacentes à já mencionada *business judgement rule* do direito norte-americano, Caetano Nunes destaca que:

[...] o argumento essencial é o de que é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas, sendo que o sistema em que fosse exercido um apertado controle judicial *ex post* das decisões empresariais inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas. É preferível incentivar os administradores a tomarem decisões arriscadas, exigindo, no entanto, que se informem devidamente antes de o fazerem. (*apud* Adamek, 2009, p. 130).

Já no âmbito do dever de diligência previsto na legislação brasileira, Ventura Ribeiro (2006, p. 230) inclui também a obrigação de não assumir riscos desproporcionais, entendendo que tal conduta configura um erro grave de gestão que caracteriza a falta de diligência, como por exemplo, a contratação ou nomeação de pessoas sem condições técnicas, venda de bens geradores de receita sem necessidade e omissão na cobrança de sócio remisso.

⁷² Processo n° RJ-1443/2005, julgado em 21/3/2006.

Assim, o que interessa para a identificação da anormalidade não é o risco comum, ordinário e aceitável, mas particularmente o *risco excessivo*⁷³, que poderá levar a uma perda que poderia ter sido evitada caso o administrador agisse dentro dos padrões abrangidos pelo dever de diligência, ou seja, daquela conduta normal que é esperada de um homem ativo e probo na condução de seus negócios.

Um precedente do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN é bastante significativo no que tange ao risco excessivo. Trata-se de processo oriundo de fiscalização do BACEN⁷⁴ contra o administrador de uma corretora de câmbio em decorrência de sucessivos prejuízos apurados em operações de compra e venda de contratos de índice Bovespa. Pelo que observamos da leitura do relatório, as operações não eram entre partes vinculadas e houve uma falha na tipificação da conduta, que acabou sendo qualificada de forma genérica no artigo 44, § 4º da Lei nº 4.595/64, que não trata dos deveres dos administradores de instituições financeiras, mas apenas das penas por infrações graves na condução dos interesses da instituição.⁷⁵

De qualquer forma, o entendimento que acabou prevalecendo, no acórdão do CRSFN, foi de que o conceito de infração grave está associado ao “[...] dever de bem gerir os interesses da empresa, que a intimação aponta não ter sido observado pelo indiciado [...] e o que ocorreu “[...] **foi uma elevada exposição da instituição a ativos de baixa liquidez, que não pode ser considerada normal**, e nem mesmo fruto de imperícia, por haver sido reiteradamente praticada, mas configura, sim, parte de uma estratégia deliberada que viabilizou a retirada de recursos do patrimônio da Fluxo Corretora.” (Negrito nosso).

⁷³ Conforme afirma Greco (2008, p. 344), não se trata do “[...] risco normal, pois é óbvio que toda atividade empresarial implica assumir riscos, todas as empresas têm de buscar oportunidades; o tema é o risco anormal a que pode ser submetida determinada empresa.”

⁷⁴ Processo BCB nº 9400351093 – Recurso 4273, julgado em 28/6/2005, que recebeu a seguinte ementa: “RECURSO VOLUNTÁRIO: Apuração deliberada de expressivos prejuízos em operações de compra e concomitante venda de contratos de índice Bovespa (*day-trades*) e de contratos de DI em bolsa de mercadorias e de futuros em benefício de pessoas jurídicas não-financeiras. Irregularidades de natureza grave caracterizadas – Apelo a que se nega provimento.”

⁷⁵ Artigo 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

(...)

§ 4º As penas referidas nos incisos III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando dá reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

Assim, parece-nos que, neste caso específico, como não restou comprovado que as transações haviam sido praticadas com partes vinculadas (o que justificaria o interesse em desviar recursos da sociedade), o que prevaleceu foi a repressão ao risco excessivo ao qual o administrador expôs a corretora.

Em outro caso, também enquadrado no artigo 44, §§ 2º e 4º da Lei nº 4.595/64, o CRSFN manteve a aplicação de penalidade a administradores de cooperativa pela concessão de empréstimos em valores superiores à sua capacidade econômico-financeira e com exposição dos recursos de seus associados a riscos excessivos.⁷⁶

A questão do *risco excessivo* é particularmente complexa na identificação de condutas que não observaram o dever de diligência assim como na configuração de um ato anormal de gestão, porque ao mesmo tempo em que ele pode provocar uma perda exagerada, também pode gerar um ganho expressivo em determinada operação, o que traz à tona a seguinte indagação: se a perda exagerada em decorrência de ato anormal caracterizado por um risco excessivo não será dedutível da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda e o lucro, o ganho expressivo que esse mesmo ato gerou, deverá ser tributado?

A resposta certamente não envolve apenas a avaliação dos montantes envolvidos pois, esse critério, visto isoladamente, não é suficiente para identificar se a conduta foi anormal, isto é, se o administrador cumpriu ou não o dever de diligência. A chave para esta pergunta consiste em delimitar até que ponto um risco pode ser considerado normal e a partir de quando ele é excessivo. Um critério válido e que nos parece ser o mais indicado por estar previsto na própria Lei nº 6.404/76, seria verificar se o administrador tomou uma decisão informada, refletida e fundamentada.

Por decisão informada entenda-se aquela baseada em relatórios, estudos e opiniões tanto de outros administradores ou especialistas da própria companhia como externos. E decisão refletida, como afirmado por Marcilio de Souza (*apud* Adamek, 2009, pp. 129-130), é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis

⁷⁶ “EMENTA. RECURSOS VOLUNTÁRIOS. Cooperativa de crédito – Empréstimo – Concessão em valores superiores à capacidade econômico-financeira da mutuante e com exposição, a riscos excessivos, dos recursos de seus associados. Irregularidade caracterizada – Apelo a que se nega provimento.” (Processo BCB – Recurso 6313, julgado em 12 de dezembro de 2007).

consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio.⁷⁷ E, por fim, a fundamentação é produto da reflexão, ou seja, diante de várias alternativas, todas elas válidas, o administrador deve apresentar uma justificativa minimamente racional para a escolha de uma em detrimento das demais, lembrando que a avaliação e análise retrospectiva pode ser perversa em determinadas circunstâncias, pois permite uma perspectiva que o tomador de decisão não teve como observar e tampouco avaliar o risco naquela perspectiva.

Assim, eventual perda poderá ter sido expressiva quanto ao valor, porém, se for fruto de uma decisão informada, não poderá ser considerada como um ato anormal de gestão ou uma conduta que deixou de observar o dever de diligência. Em suma, se a perda foi expressiva, mas a decisão foi informada, sua dedutibilidade na base de cálculo do IRPJ não poderá ser questionada com base em anormalidade por risco excessivo ou qualquer outra razão, salvo se a dedução, seja em relação à operação em si, seja em relação ao montante envolvido, estiver vedada por expressa disposição legal.

5 – ATO ANORMAL DE GESTÃO, FRAUDE, SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO

Explorados os aspectos relacionados à legislação societária, parece-nos importante agora extremar a figura do ato anormal de gestão de outras figuras já há muito tempo conhecidas de nossa doutrina e jurisprudência, quais sejam, o abuso de direito, a fraude e a simulação, destacando que a variedade de significados atribuídos a essas expressões assim como às teses construídas em torno dessas figuras ao longo do tempo é enorme.

Todavia, em que pese essa variedade de significados, é fato que há um núcleo conceitual central para cada uma dessas figuras que não varia de autor para autor e, é a partir desse núcleo que passaremos a efetuar a distinção entre elas e o ato anormal de gestão.

⁷⁷ Comissão de Valores Mobiliários - Processo nº RJ-1443/2005, julgado em 21/3/2006.

5.1 – Ato anormal de gestão e fraude

Conforme exposto, o conceito de ato anormal de gestão gravita em torno da ideia de “ato contrário aos interesses da empresa”, mais especificamente aqueles relacionados a perdas ou a oportunidades de obtenção de lucro que, apesar de não ser a função única da empresa⁷⁸, é de interesse dos acionistas e também do fisco enquanto base de cálculo do IRPJ. Assim, o ato anormal de gestão será um ato contrário aos interesses da empresa, mas apenas enquanto: i) implicar uma despesa, ou uma perda, manifestamente excessiva que diminuirá o lucro tributável ou ii) decorrer de ato, ou negócio jurídico, em que não houve nenhuma vantagem ou o ganho obtido foi inferior ao que seria obtido normalmente em ato ou negócio da mesma natureza.

Por outro lado, o conceito de fraude no âmbito tributário foi qualificado pela legislação brasileira pelo artigo 72 da Lei nº 4.502/64 como sendo “[...] toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.”

Assim, a fraude pressupõe um ato intencional do agente e com o objetivo específico de modificar as características de seu ato de forma a eliminar o fato gerador ou, ainda, reduzir o montante do tributo ou postergar o seu pagamento.

Já a figura do ato anormal de gestão está centrada na ideia de ato contrário aos interesses da empresa, favorecendo um terceiro ou mesmo uma pessoa relacionada, mas sem a intenção deliberada de ocultar a ocorrência do fato gerador, pois aí já estaríamos tratando de fraude e não de ato anormal. Como afirma Bur:

Se um ato está igualmente em questão quando a administração invoca a seu respeito uma gestão anormal da empresa, não o faz em razão de seu caráter fictício ou de seu objetivo exclusivamente fiscal, nem mesmo de uma dissimulação, mas sim por causa da busca de um interesse alheio ao da empresa. Exceto pela hipótese da tomada de risco excessiva, o ato anormal de gestão caracteriza-se, efetivamente, pela busca deliberada do interesse de um terceiro em relação à empresa, sem contrapartida suficiente para esta última. (Bur, 1999, p. 23; tradução nossa)

⁷⁸ A Constituição Federal (artigo 170) e a Lei nº 6.404/76 também consagram a função social da empresa.

O ato anormal, portanto, não é marcado pela intenção do agente de ocultar a ocorrência do fato gerador, e, no entanto, pode se dar por inúmeras outras razões que, como será demonstrado adiante, podem ou não constituir um ilícito qualificado por normas de natureza não tributária, como por exemplo, as normas que disciplinam o direito de concorrência.

5.2 – Ato anormal de gestão e simulação.

O ato anormal de gestão também não se confunde com a figura da simulação. O artigo 167, § 1º do Código Civil⁷⁹ determina que haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; e III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Assim, se um ato for praticado nas condições acima, ainda que seja contrário aos interesses da empresa, não será um ato anormal de gestão, mas sim um ato simulado. Importante destacar que, nos termos do artigo 167, “caput” do Código Civil, o ato simulado é nulo, ou seja, não produz efeitos enquanto que o ato anormal não gera esse efeito. De fato, conforme se verá adiante, o possível controle dos atos anormais do ponto de vista tributário não passa pela declaração de nulidade do ato, mas sim pela recomposição de seus efeitos fiscais nas bases de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda ou sobre as receitas, seja rejeitando a dedução de uma despesa, seja adicionando um ganho ou receita que a empresa poderia ter obtido caso o ato fosse praticado em condições normais.

⁷⁹ “Artigo 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.”

Desta forma, o ato anormal de gestão também não se confunde com a figura da simulação, sendo distintos os seus regimes jurídicos e respectivos efeitos tributários.

5.3 – Ato anormal de gestão e abuso de direito

A doutrina francesa também reconhece a diferença entre o abuso de direito e o ato anormal de gestão, porém, na França o conceito de abuso de direito é muito amplo e guarda similaridade com os conceitos de simulação e fraude previstos na legislação brasileira. Com efeito, o artigo L.64 do Código de Procedimentos Fiscais francês estatui que não podem ser opostos à administração tributária os atos que dissimulam o verdadeiro alcance de um contrato através de cláusulas⁸⁰:

1. Que dão abertura a direitos de registro ou a uma taxa de publicidade fundiária menos elevados;
2. Ou que disfarcem seja uma realização, seja uma transferência de benefícios ou de rendimentos;
3. Ou que permitam evitar, na totalidade ou em parte, o pagamento das taxas sobre o faturamento correspondente às operações efetuadas na execução de um contrato ou de uma convenção. (Tradução nossa)

Esse dispositivo é considerado pela doutrina francesa como o suporte jurídico para a repressão dos atos praticados com abuso de direito (Bur, 1999, p. 22)⁸¹ e seu sentido e alcance, em especial dos itens 2 e 3, é muito semelhante aos daqueles que qualificam a simulação e a fraude tributária no direito brasileiro, quais sejam, o artigo 167, § 1º do Código Civil e o artigo 72 da Lei nº 4.502/64, respectivamente. Por essa razão, na França não há maiores complexidades para se distinguir o ato anormal de gestão do abuso de direito, ao contrário do Brasil, onde o perfil dessa figura possui um delineamento jurídico bem distinto.

⁸⁰ No original: “L.64 - Ne peuvent être opposés à l’administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d’un contrat ou d’une convention à l’aide de clauses :

- a. Qui donnent ouverture à des droits d’enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés ;
- b. Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ;
- c. Ou qui permettent d’éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d’affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d’un contrat ou d’une convention. ”

⁸¹ “O procedimento de repressão dos abusos de direito é previsto pelo artigo L. 64 do Livro dos Procedimentos Fiscais (LPF) (antigo artigo 1649 do Código Geral de Impostos) de cujas disposições aparecem dois outros elementos de diferenciação, em relação à noção de ato anormal de gestão, do campo de aplicação e do conceito (...).” (Tradução nossa).

Com efeito, o abuso de direito é qualificado como ato ilícito pelo artigo 187 do novo Código Civil nos seguintes termos:

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

De plano, verifica-se que o abuso de direito pertence à categoria dos atos ilícitos, enquanto que a anormalidade de um ato ou negócio poderá ou não constituir um ilícito. Um exemplo característico é a venda de um bem ou prestação de serviço sem que a empresa tenha obtido lucro algum ou, ainda, que a venda do bem ou prestação do serviço tenham sido feitas por preço inferior ao seu custo. Essa prática certamente não é normal, pois, com exceção das organizações sem finalidade lucrativa, nenhuma empresa vende bens ou presta serviços sem o intuito de lucro. E essa operação de venda sem lucro algum ou mesmo abaixo do preço de custo poderá constituir um ilícito do ponto de vista do direito concorrencial, caso reste caracterizada a prática de preços predatórios com o objetivo de eliminar concorrente do mercado.

Entretanto, essa mesma operação poderá ser perfeitamente lícita se a venda ocorreu apenas para eliminar estoques de mercadorias que não seriam vendidas de outra forma que não pelo seu preço de custo ou mesmo por preço inferior e, assim, evita um prejuízo maior consubstanciado na perda total desse estoque. O elemento extraordinário da operação não apto a qualificar, por si só, sua anormalidade ou ilicitude.

Por outro lado, o abuso de direito sempre será caracterizado pela existência de uma norma na qual o ato ou negócio tenha se apoiado, pois somente a partir daí é que será possível contrapor a conduta adotada à finalidade econômica e social tutelada pela norma. Já a anormalidade no sentido de ato ou negócio contrário aos interesses da empresa, por ter gerado uma perda que poderia ter sido evitada ou por um ganho que poderia ter sido obtido em condições normais, pode ou não estar tutelado por uma norma específica e, mesmo estando, pode não ter extrapolado a sua finalidade econômica ou social, no caso de operações sem finalidade ou fundamento econômico.

Contudo, em que pese ser possível estabelecer a distinção entre abuso de direito e ato anormal de gestão, a linha divisória entre um e outro pode ser bastante tênue, a depender das circunstâncias materiais do caso concreto analisado. Nesse sentido, Bur oferece um interessante exemplo colhido da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, consistente no pagamento de um bem por preço superior ao seu valor de mercado com o objetivo de reduzir ou eliminar o imposto de renda que incidiria sobre a mais valia desse mesmo bem em uma revenda posterior:

Os conceitos de ato anormal de gestão e de abuso de direito distinguem-se claramente; isso não impede, no entanto, que certas situações possam ser representativas ao mesmo tempo de um ato anormal de gestão e de um abuso de direito.

A jurisprudência do Conselho de Estado ilustrou essa hipótese em muitas ocasiões. Esse é o caso da hipótese da superestimação do preço de compra de terrenos, e a administração fiscal pode considerar:

- seja o ato anormal de gestão, que consiste em conceder uma liberalidade ao vendedor, aceitando pagar mais pelo bem;
- seja o abuso de direito, que consiste em apresentar um ato de compra dissimulando o alcance verdadeiro de uma operação cujo objeto é o pagamento a mais de bens adquiridos com o fim de eludir o imposto devido posteriormente à razão de mais-valias liberadas na ocasião da revenda dos bens. (Bur, 1999, p. 24; tradução nossa)

No caso ilustrado pelo referido autor não está claro se a hipótese era de superfaturamento, o que configuraria uma fraude do ponto de vista da legislação tributária brasileira, ou de uma efetiva compra de bens de terceiro por preço superior ao de mercado com o objetivo de eliminar ou reduzir o imposto de renda incidente sobre a mais-valia do bem em uma revenda subsequente. Neste último caso, em se tratando de pessoas vinculadas, a conduta poderia, sim, ser caracterizada como um ato anormal de gestão, representado na legislação tributária brasileira pela figura da DDL, que proíbe a pessoa jurídica adquirente do bem de deduzir o montante que exceder o valor de mercado da base de cálculo do IRPJ. Se a pessoa jurídica não deduziu o excesso e posteriormente alienou esse mesmo bem para um terceiro pelo mesmo preço de compra e, portanto, sem ter gerado nenhum acréscimo patrimonial, isso não significa necessariamente que tenha havido abuso no ato jurídico de compra e venda, principalmente porque o efeito que a regra de DDL procura coibir (diminuição artificial da base de cálculo do IRPJ) não ocorreu. Porém, em não se tratando de

peças vinculadas, não haveria, em princípio, qualquer abuso de direito ou ato anormal de gestão, pois o sistema jurídico também garante o direito de as partes envolvidas em uma transação fixarem livremente o preço do bem, ainda que ele seja superior aos parâmetros de mercado. Pode ser o caso de necessidade urgente da empresa ou até mesmo oportunidade, que tenha motivado o pagamento de preço maior, o que requer prova, evidência e fundamentação da anormalidade. Assim, o ato anormal de gestão, como regra, não se confunde com o abuso de direito, nem com o simples ato extraordinário ou de oportunidade e conveniência de gestão.

CAPÍTULO VII – O ATO ANORMAL DE GESTÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

1 – ATOS ANORMAIS DE GESTÃO DISCIPLINADOS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Fixado o conceito de ato anormal de gestão e estabelecida a sua distinção das figuras da fraude, simulação e abuso de direito, cabe agora elencar algumas hipóteses de ato anormal de gestão contempladas pela legislação tributária brasileira.

Esses atos podem ser classificados entre aqueles praticados com terceiros sem qualquer ligação com a empresa e aqueles praticados com partes vinculadas a ela, podendo ser outra empresa que a controle ou que seja por ela controlada ou coligada, podendo ainda, se tratar de seus sócios pessoas físicas, membros da administração, bem como de seus familiares.

Nos primeiros, isto é, aqueles praticados com terceiros sem qualquer ligação com a empresa, a anormalidade permite que a administração tributária rejeite os efeitos do ato na apuração da base de cálculo do imposto de renda devido pela pessoa jurídica, enquanto que nos últimos a anormalidade é presumida pela legislação, que disciplina rigidamente os parâmetros que deverão ser observados na fixação dos valores objeto das transações para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ.

1.1 – Despesas desnecessárias e anormais na apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (anormalidade qualitativa)

A hipótese mais controversa de ato anormal de gestão contemplada na legislação tributária brasileira é aquela que condiciona a dedutibilidade de despesas operacionais da pessoa jurídica na base de cálculo do IRPJ, qual seja, o artigo 47, § 2º da Lei nº 4.506/64, reproduzido no artigo 299 e parágrafos do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999). Trata-se de daquilo que a doutrina francesa denomina de “anormalidade qualitativa”, uma vez que a lei não estabelece limites quantitativos ou

parâmetros numéricos para a dedutibilidade. Uma vez descumpridos os requisitos previstos na lei, toda a despesa será indedutível e não apenas uma parcela dela.

De acordo com o “caput” do artigo 47, são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Já o § 2º do referido dispositivo dispõe que as despesas operacionais admitidas são as usuais ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, conforme se depreende de sua redação abaixo transcrita:

Artigo 47 - São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora

§ 1º - São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º - As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Essa regra aplica-se às transações praticadas pela empresa com terceiros e seu espectro de abrangência é bastante amplo, contemplando desde o pagamento de juros em operações de empréstimo até a contratação de serviços das mais variadas espécies.

Assim, a dedutibilidade de despesas está condicionada aos seguintes requisitos: (i) as despesas têm que ser necessárias à manutenção da fonte produtora da renda; (ii) a necessidade deve estar relacionada às transações ou operações exigidas pela atividade da empresa; e (iii) as despesas dedutíveis são aquelas consideradas usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

A presença desses três requisitos faz com que a regra de dedutibilidade das despesas operacionais na base de cálculo do IRPJ seja uma das mais polêmicas em nosso sistema jurídico, na medida em que permite um enorme grau de subjetividade em sua interpretação e aplicação, seja pelas autoridades fiscais, pelos órgãos julgadores administrativos e judiciais, ou pelos próprios contribuintes.

Este amplo grau de subjetividade na interpretação e aplicação da norma é reconhecido pela melhor doutrina especializada no Imposto sobre a Renda, como Winkler (2001, p. 430), para quem, na conceituação de *despesa necessária* há “[...] acentuado grau de subjetividade pela ausência, mesmo exemplificativa, das despesas indedutíveis ou ‘desnecessárias’, no conceito fiscal, pela própria impossibilidade de fazê-lo”. Por isso mesmo, adverte Mariz de Oliveira (2008, p. 688), que na “[...] perquirição do sentido da expressão ‘despesa necessária’, deve-se ter em conta que ela não pode ser compreendida apenas literalmente e sob apreciação subjetiva, sob o risco de se incorrer em sérios equívocos.”

Não é difícil, assim, concluir que esse alto grau de subjetividade gera incessantes conflitos e incertezas no momento de situar a conduta do contribuinte. Em outras palavras, se o ato encontra-se dentro da esfera da liberdade de gestão ou do ato anormal de gestão, a começar pela definição daquilo que seria *necessário* para as operações da empresa.

1.1.1 – A questão da necessidade da despesa e sua relação com o princípio da liberdade de gestão

O conceito de *necessidade* foi sendo construído pela jurisprudência administrativa brasileira em contraposição ao conceito de *liberalidade* previsto no artigo 154, § 2º da Lei nº 6.404/76, já comentando anteriormente. Embora não relacionado diretamente ao tema da normalidade/anormalidade, julgamos importante e oportuno comentar o critério da necessidade em decorrência de sua relação com o princípio da liberdade de gestão. Isto porque, como se verá adiante, muitas vezes, o fisco entende que uma despesa é desnecessária baseando-se apenas em critérios subjetivos e pessoais, o que não encontra amparo na regra de dedutibilidade das despesas operacionais e, por isso mesmo, representa um ato indevido de ingerência nos negócios da empresa, ferindo o princípio da liberdade de gestão.

Conforme observado, o artigo 47, § 1º da Lei nº 4.506/64, dispõe que são necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Portanto, a necessidade está relacionada àquilo que é considerado como *atividade da empresa*. Uma interpretação restritiva poderia levar à conclusão de que somente seriam necessárias e, portanto, dedutíveis, as despesas relacionadas com o *objeto social* da empresa, pois este refletiria sua atividade principal. Contudo, é fato

que o contrato, ou estatuto social da empresa, não discrimina pormenorizadamente todas as suas possíveis atividades, mas apenas a principal ou as principais. Todavia, deve ser destacado que a legislação tributária prevê não apenas as atividades principais como operacionais (objeto da empresa), mas também as atividades acessórias, conforme o artigo 11 do Decreto-lei nº 1.598/77, reproduzido no artigo 277 do RIR/99.⁸²

Assim, por exemplo, uma empresa cuja atividade principal seja a produção e comércio de bebidas poderá realizar diversos outros atos de gestão, negócios jurídicos ou mesmo outras atividades, que contribuam indiretamente para o desenvolvimento de sua atividade principal, como por exemplo: (i) manutenção ou pagamento de creche para filhos de empregados, reembolso de cursos de graduação, pós-graduação e aprimoramento (ato de gestão de pessoas, a que se refere Masson (1990, pp. 297/302); (ii) captação de recursos para investimento mediante empréstimos bancários, emissão de títulos ou ações (ato de gestão financeira); (iii) concessão de brindes ou descontos a clientes como prática de fidelização (ato de gestão comercial), etc.

Todos esses atos ou atividades (manutenção de creche, por exemplo) não estão necessariamente previstos no contrato social, ou estatuto, como sendo o objeto social da empresa, mas, sem dúvida, contribuem indiretamente para sua atividade principal como atividades acessórias e são qualificadas de operacionais pela legislação, como visto anteriormente (artigo 11 do Decreto-lei nº 1.598/77). Assim, não havendo vedação legal expressa, tais despesas são dedutíveis por configurarem atividades acessórias às principais da empresa e contribuirão para a consecução de seu objeto social. A decisão por incorrer ou não em tais despesas é ato de competência exclusiva da administração da companhia e tomada no âmbito da liberdade de gestão assegurada pela Lei nº 6.404/76 e pela CF, conforme já demonstrado.

Por outro lado, não é preciso que a empresa esteja obrigada legal ou contratualmente a cumprir uma obrigação para que a despesa respectiva seja dedutível. Ela poderá incorrer na despesa de forma espontânea ou necessária, porém, nunca a configurar, uma liberalidade e, portanto, um ato anormal de gestão. Há casos de manutenção de creches para filhos de funcionários e outros benefícios concedidos com o objetivo de cumprir a função

⁸² “Art. 11 - Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.”

social da empresa conforme preceituado nos artigos 170, III da CF, 116, parágrafo único e 154 da Lei n° 6.404/76, que podem ficar a meio caminho de um e outro caso. No caso das creches para filhos de empregados (se não imposto por lei) a atividade é acessória e de interesse da empresa para fins de aumento de produtividade de captação de empregados do sexo feminino, que, de outra forma não seria possível.

Outro exemplo muito típico são as despesas com festividades de final de ano que, embora não se relacionem diretamente com atividades de produção e comercialização de bens e serviços, destinam-se a promover o conagraçamento entre os empregados, desde os níveis mais subalternos até a diretoria, presidência, etc., e, por isso mesmo, representam gastos no interesse da empresa. Da mesma forma, a concessão de cestas de natal não pode ser considerada uma liberalidade, pois está inserida na política de incentivo através da concessão de benefícios a empregados visando estimular a produtividade. Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência pacífica do antigo Conselho de Contribuintes, conforme os acórdãos n°s 101-94.936⁸³, 101-94.898 e 107-07610, entre outros.⁸⁴

Ainda no campo da jurisprudência administrativa, uma breve análise das decisões proferidas pelo antigo Conselho de Contribuintes revela o quão o critério da necessidade está aberto a subjetivismos. Assim, por exemplo, enquanto, no acórdão n° 101-97.089, a antiga 1ª Câmara entendeu que descontos que não foram concedidos em todas as notas fiscais para o mesmo cliente e nem eram concedidos a todos os clientes seriam liberalidades e, portanto,

⁸³ [...] DESPESAS OPERACIONAIS. Despesas com aquisição de bebidas e artigos comestíveis típicos de festividades de fim de ano, de valor individual módico e em quantidades razoáveis, caracterizam-se como usuais e normais, e, como tal, dedutíveis.[...]

(Processo n° 13.805.000888/94-93 – Recurso n° 139.389, julgado em 14/4/2005. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 10/1/2010).

[...] IRPJ - CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS - DESPESAS COM FESTIVIDADES NATALINAS - PERÍODO-BASE DE 1985 - A jurisprudência administrativa admitia a apropriação como despesas operacionais de dispêndios efetuados com comemorações natalinas e outras festividades que visem o conagraçamento, integração e motivação dos empregados desde que razoáveis para o tipo de atividade desenvolvida pela pessoa jurídica. [...]

(Processo n° 13710.000723/91-19 – Recurso n°. 137.987, julgado em 17/3/2005. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 10/1/2010)

[...] GASTOS COM PESSOAL. FORNECIMENTO DE CESTA DE NATAL. DEDUTIBILIDADE. As cestas de **natal** fornecidas a determinados empregados e em valor inexpressivo se comparado ao faturamento da pessoa jurídica não caracteriza mera liberalidade e permite a dedução da despesa corresponde na determinação da base de cálculo do imposto de renda. [...]

(Processo n°: 13805.011661/97-52 – Recurso n°: 137.647, julgado em 15/4/2004. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 10/1/2010)

⁸⁴ A exemplo do acórdão n° 103-20.395

indedutíveis⁸⁵, a 3ª Câmara, no acórdão nº 103-22.556, entendeu que descontos concedidos para recebimento de créditos por instituição financeira seriam dedutíveis, pois se ajustariam ao conceito de despesas necessárias, normais e usuais à atividade econômica da pessoa jurídica⁸⁶.

Note-se que, no primeiro caso, o desconto era indedutível por não ser extensivo a todos os clientes e não constar em todas as notas fiscais das transações efetuadas com um único cliente, ou seja, o acórdão baseou-se em uma distinção não prevista em lei. Já no segundo caso, o desconto era dedutível simplesmente porque se tratava de uma instituição financeira, como se não fosse normal que pessoas jurídicas não financeiras, isto é, que explorem atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços também não concedessem descontos a seus clientes.

Nesta matéria, uma infinidade de casos poderia ser mencionada, tanto que existem outras decisões, como os acórdãos nºs 101-95.524⁸⁷ e 107-06373⁸⁸ proferidos pelas antigas 1ª e 7ª Câmaras, ambos entendendo que os descontos, condicionais ou incondicionais, que visem o incremento das vendas e estejam vinculados às operações realizadas pelo contribuinte configuram-se como despesas operacionais dedutíveis (e não meras liberalidades). O que chama a atenção nesses acórdãos é o fato de eles autorizarem a dedução dos descontos

⁸⁵ “[...] GLOSAS DA DEDUÇÃO DE DESCONTOS CONCEDIDOS POR LIBERALIDADE – De acordo com o artigo 299 do Decreto nº 3.000/99, somente são dedutíveis, na apuração do lucro real, as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora. Se o desconto é concedido por liberalidade, já que não foram concedidos em todas as notas fiscais emitidas em favor do mesmo cliente nem eram concedidos aos demais clientes da contribuinte, não tendo a contribuinte comprovado a sua usualidade nem a sua necessidade diante da atividade desenvolvida pela empresa, devem ser glosadas as respectivas deduções” (Processo nº 13.709.002940/2003-69 – Recurso nº 162.117, julgado em 18/12/08. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 4/11/10)

⁸⁶ “[...] INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTOS CONCEDIDOS PARA O RECEBIMENTO DE CRÉDITOS. São dedutíveis os descontos concedidos por instituição financeira, visando ao recebimento de créditos, quer em antecipação ao vencimento, quer em atraso, uma vez que se ajustam ao conceito de despesas necessárias, normais e usuais à atividade econômica da pessoa jurídica.” (Processo nº 16.327.001966/2001-19 – Recurso nº 150.179, julgado em 27/07/06. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 4/11/10)

⁸⁷ “[...] DESPESAS OPERACIONAIS - DESCONTOS CONCEDIDOS - Os descontos concedidos, sejam condicionais ou incondicionais, que visam o incremento das vendas e, conseqüentemente, dos lucros, se reconhecidamente vinculados às operações realizadas pelo contribuinte, subentendem-se no conceito de despesas operacionais dedutíveis. [...]” (Processo nº 10880.002097/2001-70 – Recurso nº 128511, julgado em 28/4/06. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 29/12/10)

⁸⁸ DESPESAS OPERACIONAIS - DESCONTOS CONDICIONAIS E BONIFICAÇÕES - Os descontos condicionais e as bonificações que visam o incremento das vendas e, conseqüentemente, dos lucros, se reconhecidamente vinculados às operações realizadas pelo contribuinte, subentendem-se no conceito de despesas operacionais dedutíveis. [...]” (Processo nº 10880.000730/2001-95 – Recurso nº 125723, julgado em 22/8/01. Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 29/12/10)

condicionais, pois o artigo 12, § 1º do DL nº 1.598/77, reproduzido no artigo 280 do RIR/99, autoriza a dedução somente dos descontos *incondicionais*.⁸⁹

Não só a jurisprudência administrativa é vacilante quanto ao significado do critério da necessidade, como também as manifestações das autoridades fiscais, através dos sucessivos Pareceres Normativos - PN que foram emitidos pela Coordenadoria do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal ao longo do tempo. Assim, por exemplo, o PN nº 1.033/71⁹⁰ entendeu que as contribuições de empresas a entidades de classe não seriam dedutíveis porque, embora agindo no interesse do grupo de empresas que representa, não seriam elas entidades filantrópicas previstas, à época, no artigo 184, do RIR/66 (Decreto nº 58.400/66). Este PN foi contraditado dois anos depois, através do PN nº 133/73, que reconheceu que tais contribuições seriam dedutíveis devido à necessidade indiscutível de as empresas se congregarem em órgãos de classe ou categoria econômica.⁹¹

Assim, muitas vezes a fixação dos limites daquilo que é ou não é necessário acaba sofrendo a injunção de considerações pessoais e que não passam necessariamente pelo principal critério para a dedutibilidade das despesas, qual seja, sua necessidade e relação direta ou indireta com as atividades da empresa. Um exemplo significativo pode ser encontrado no PN nº 143/75, no qual a autoridade fiscal entendeu ser indedutível como custo ou despesa operacional a remuneração, fixa ou calculada de forma percentual sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, responsável pelo fornecimento de estoques e

⁸⁹ “Art 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º - A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.”

⁹⁰ IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS - PESSOAS JURÍDICAS - CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS - CONTRIBUIÇÕES E DOAÇÕES.

- As contribuições e doações, mesmo destinadas ao custeio de pesquisas científicas, feitas a entidade de classe, não são consideradas despesas operacionais para fins de dedução do lucro tributável da pessoa jurídica doadora, por não constarem aquelas entidades do elenco das instituições mencionadas no artigo 184, do RIR.

⁹¹ IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS - PESSOAS FÍSICAS - CLASSIFICAÇÃO DOS RENDIMENTOS E DEDUÇÕES CEDULARES - PESSOAS JURÍDICAS - CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS.

As contribuições estatutárias, regulares e permanentes, pagas em razão de filiação a entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais, são consideradas como dedução para as pessoas físicas e como despesa operacional dedutível para as pessoas jurídicas, nas condições indicadas.

know how relativo à publicidade, organização e método de vendas.⁹²

A autoridade fiscal justificou seu entendimento pela indedutibilidade baseada em razões outras que não a efetiva necessidade da empresa efetuar esses pagamentos e sua relação com suas atividades, mas sim em aspectos como **(i)** possíveis faturamentos inferiores aos corretos, por parte da supridora das mercadorias, mediante a incidência menor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, e, como consequência, a possibilidade de burlar os preços oficiais, pois os faturamentos respeitariam os tabelamentos, enquanto que, paralelamente, seria cobrada a remuneração adicional relativa ao fornecimento de *know how* relativo à publicidade, organização ou métodos de vendas; **(ii)** a caracterização de uma parte do preço, atribuindo-lhe outras designações, seria ato simulado, passível de anulação no interesse da Fazenda, segundo o disposto no artigo 105 do então vigente Código Civil; **(iii)** a admissibilidade de contratos através dos quais as empresas supridas se comprometem a não adquirir mercadorias de outros fornecedores implicaria abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros, violando o princípio da livre concorrência, matéria que, a rigor, deveria se posta de lado, como todas as demais em face do artigo 118 do CTN⁹³

Conforme observa-se, nenhuma das razões, que levaram a autoridade fiscal a concluir pela indedutibilidade das despesas, tocou o tema da necessidade e da relação com as atividades da empresa. O mais impressionante é que a conclusão foi baseada em conjecturas criadas pela própria autoridade, sem que houvesse uma investigação ou análise empírica com o objetivo de confirmar aquilo que foi enunciado, especialmente: que a prática adotada configuraria abuso do poder econômico e consequente violação do princípio da livre concorrência.

⁹² IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS - CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS DISPOSIÇÕES GERAIS - ALUGUÉIS OU - ROYALTIES E DESPESAS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA, CIENTÍFICA OU ADMINISTRATIVA.

É indedutível como custo ou despesa operacional a remuneração, fixa ou calculada de forma percentual sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoques, e, eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização ou métodos de vendas.

⁹³ Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

Todos esses exemplos serviram para demonstrar que é no campo das despesas operacionais relacionadas ao IRPJ que, muitas vezes, se dá o conflito entre o princípio da liberdade de gestão ou da não ingerência do fisco nas atividades do contribuinte e o ato anormal de gestão.

Certamente esse conflito ocorre não porque o artigo 47 da Lei nº 4.506/64 e seus parágrafos sejam aquilo que a doutrina costuma denominar de “cláusulas abertas”. Pelo contrário, o § 1º do referido dispositivo define o conceito de despesa necessária como aquela paga ou incorrida para a realização ou operações exigidas pela atividade da empresa. O conflito ocorre em razão da insuficiência de critérios para se estabelecer, objetivamente, a *relação* entre a *natureza da despesa* e as *atividades da empresa*.

Essa insuficiência de critérios, contudo, não é de se estranhar, pois seria impossível ao legislador estabelecer exaustivamente todas as despesas que uma empresa pode incorrer e relacioná-las a cada setor ou a atividade econômica desenvolvidos no País. Por isso, parece-nos que, à falta de um critério objetivo capaz de relacionar a natureza da despesa e as atividades da pessoa jurídica, devem ser considerados, pelo menos, os seguintes aspectos no momento de se avaliar se uma despesa é dedutível ou não, levando-se em consideração, evidentemente, apenas o critério da necessidade:

- sua dedutibilidade não deve estar proibida em outra norma. Por exemplo, até 31 de dezembro de 1995, as pessoas jurídicas podiam deduzir as despesas com a alimentação de sócios, acionistas e administradores, assim como as despesas com brindes. Todavia, apesar de serem despesas relacionadas com a atividade da empresa, o artigo 13, IV e VII da Lei nº 9.249/95 tornou-as indedutíveis, dentre outras despesas relacionadas em seus incisos.
- verificar se a despesa é uma liberalidade de fato ou uma liberalidade aparente. Conforme já comentado no Capítulo VI, a doutrina de direito societário aponta muitos atos que aparentam uma generosidade gratuita, e que, na verdade, são aquelas que Menezes (1973, p. 58) denominou de *liberalidades interesseiras*, ou seja, que não trazem um retorno imediato para a companhia, mas que, pelo menos, tenham a *perspectiva* de trazer algum retorno, ainda que indireto. Nesse sentido, confira-se

também a lição de Sampaio Campos (2009, vol. I, p. 1.123) mencionada no Capítulo em questão:

- mesmo sendo uma liberalidade de fato, se a despesa tinha ou não uma finalidade social, tendo em vista a função social da empresa, prevista expressamente no artigo 154, “caput” e § 4º da Lei nº 6.404/76⁹⁴ e implicitamente no artigo 170, III da CF⁹⁵. Por exemplo: os gastos realizados com serviços de assistência médica, odontológica, farmacêutica e social indistintamente a todos os empregados e dirigentes são dedutíveis do lucro operacional (artigo 360 do RIR/99). Da mesma forma, são dedutíveis as contribuições não compulsórias destinadas a custear planos de benefícios complementares assemelhados aos da previdência social instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica (artigo 371, do RIR/99).

Esses são os critérios que, a nosso ver, contribuem para identificar a relação entre a natureza da despesa e as atividades da pessoa jurídica e, portanto, verificar se elas preenchem o requisito da necessidade previsto no artigo 47, “caput” e § 1º da Lei nº 4.506/64. Outros critérios até poderiam ser utilizados como, por exemplo, não ser a despesa estranha ou contrária ao objeto social da pessoa jurídica. Entretanto, como já dissemos, o fato de a despesa não manter relação direta com o objeto social não significa que ela seja desnecessária, até porque o contrato ou estatuto social não poderia prever, à exaustão, todas as atividades da pessoa jurídica, mas apenas a principal ou principais.

Feitas essas considerações, passamos agora a analisar a dedutibilidade das despesas sob o critério da usualidade e normalidade previstos no § 2º do artigo 47 da Lei nº 4.506/64.

⁹⁴ Artigo 154 - O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeita as exigências do bem público e da função social da empresa.

[...]

§ 4º - O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefícios dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

⁹⁵ Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

1.1.2 – Os pressupostos da usualidade e normalidade para a dedutibilidade de despesas operacionais

O § 2º do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 também vincula a dedutibilidade das despesas aos requisitos da usualidade e normalidade. O *ser usual*, como já vimos no Capítulo II, é um dos possíveis significados da palavra *normal*, ou seja, o estado de normalidade também é caracterizado pela regularidade, habitualidade, no sentido de repetição de uma conduta específica, aquilo que se faz frequentemente (normalidade por uso e aceitação deliberada pela sociedade). Vale lembrar aqui a lição de Telles Junior (2006, p. 205) para quem o adjetivo *normal* “[...] é procedimento ou estado *usual* ou *comum*, ou seja, procedimento ou estado conforme às práticas habituais, aos movimentos rotineiros, ou aos padrões estabelecidos; conforme, em suma, com o que é *corrente e regular*.”

No entanto, vimos também que esse é apenas um dos possíveis significados da palavra *normal* e seu substantivo, a *normalidade*. Os outros estão relacionados à ideia de comportamento predominante em um determinado grupo social (normalidade estatística, de grupo) e repetição de um fenômeno químico, físico ou orgânico em condições naturais, sem intervenção humana.

Assim, o enunciado do § 2º do artigo 47 traz à tona o problema relacionado ao tipo de normalidade a que ele se refere: se apenas àquela que reflete um comportamento habitual, que se repete através do uso contínuo, ou se a todos os possíveis significados da expressão, especialmente a normalidade estatística, relacionada à ideia de grupo. A definição é importante, porque, se concluirmos que ela também contempla esse último significado (normalidade de grupo), o fisco poderá recusar a dedutibilidade de determinadas despesas incorridas por uma pessoa jurídica baseado em comparações com o tratamento dispensado a essas mesmas despesas por outras pessoas jurídicas que atuem no mesmo setor.

Note-se que não se trata de mera conjectura ou de especulação de natureza teórica, pelo contrário, a questão traz também um viés pragmático confirmado pela manifestação das autoridades fiscais através do PN nº 32/81, bem como sobre a divergência doutrinária a respeito do tema.

Com efeito, o PN n° 32/81 analisou a questão da dedutibilidade dos encargos de financiamentos contraídos pelos produtores rurais e a eles ressarcidos pela indústria fumageira, concluindo, ao final, que tal ressarcimento constituiria despesa operacional das pessoas jurídicas que efetuam o ressarcimento⁹⁶. Embora o parecer tenha feito referência à Instrução Normativa SRF n° 22/72, que autorizava a dedutibilidade do ressarcimento das despesas bancárias efetuados por pessoas jurídicas a produtores agrícolas, o que realmente levou o parecerista oficial a concluir pela dedutibilidade das despesas especificamente para a indústria fumageira foi o fato de que se tratava de uma prática reiterada e generalizada em todo o setor, ou seja, todas as empresas que exploravam a indústria do fumo efetuavam esse ressarcimento e, por isso mesmo, a despesa a ele correspondente preencheria os requisitos de usualidade e normalidade a que se refere o § 2° do artigo 47 da Lei n° 4.506/64.

Embora extenso, parece-nos importante transcrever os trechos mais importantes do referido PN, a fim de situar adequadamente a questão para o leitor:

Empresas que operam com a comercialização e industrialização do fumo pretendem ver esclarecidas dúvidas que são suscitadas a propósito da qualificação, para efeito de determinação do lucro sujeito ao imposto de renda, de despesas havidas com a assistência que prestam ao plantador da matéria-prima objeto de seu negócio.

2. Esclarecem os interessados que constitui prática reiterada, adotada pela generalidade das empresas fumageiras, o reembolso que fazem ao produtor rural - quase todos minifundiários e carentes de recursos financeiros necessários à manutenção regular da produção do fumo - das despesas financeiras decorrentes de financiamentos bancários, ajustados para a aquisição de suprimentos agrícolas e/ou para construção de estufas e galpões. Diante dessas informações, indagam se os encargos referidos são admitidos, como despesas operacionais, na formação do lucro real da pessoa jurídica.

[...]

4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

⁹⁶ A ementa do referido PN é a seguinte:

IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS - CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS
1.24.20.35 CÉDULA "G" - RENDIMENTO LÍQUIDO DA EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA OU PASTORIL E DAS INDÚSTRIAS EXTRATIVAS VEGETAL E ANIMAL.

Constitui despesa operacional da pessoa jurídica, dedutível na apuração do lucro real, o valor dos encargos decorrentes de financiamentos bancários, contraídos para implantação e manutenção da cultura fumageira, quando o adquirente do fumo ressarcir ao produtor rural a importância correspondente.

O montante assim ressarcido ao produtor agrícola integra a receita bruta da pessoa física, classificável na cédula "G".

5. Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

6. No caso que ora se nos apresenta, é pública e notória a prática tradicional, reiterada e genérica segundo a qual os compradores de fumo - visando a garantir o regular suprimento da matéria-prima - prestam assistência financeira efetiva ao plantador rural, mediante o reembolso de despesas de financiamentos bancários contraídos para implantação e manutenção da produção agrícola.

[...]

8. Em face dos fatos expostos, entendemos que o antecedente referido é perfeitamente aplicável à cultura do fumo, visto que as características daquela produção agrícola justificam plenamente sejam reconhecidos os usos e costumes observados de forma tradicional e generalizada na comercialização do produto; por isso mesmo, julgamos que o valor dos encargos de financiamentos bancários, contratados especificamente para aquisição de suprimentos agrícolas e para a construção de equipamentos da atividade, quando comprovadamente ressarcido ao produtor rural, constitui despesa operacional da empresa adquirente do fumo, dedutível na formação do lucro real.

Do ponto de vista da doutrina, Schoueri (1996, pp. 158-159) entende que o § 2º do artigo 47 também permite uma comparação com terceiros, ao mesmo tempo em que também identifica, no referido dispositivo, uma hipótese de ato anormal de gestão recepcionada pela legislação brasileira, no caso, o antigo artigo 242 do RIR/94, atual artigo 299 do RIR/99:

Ademais, o conceito de ‘normalidade’ ou ‘usualidade’ também se apresenta no § 2º do artigo 242 do RIR/94, desta vez permitindo uma comparação com terceiros, complementando, pois o quadro da normalidade objetiva, acima descrita. Neste sentido, Bulhões Pedreira esclarece que o critério da normalidade *não se baseia na experiência da própria empresa mas do tipo de atividades que ela exerce, podendo uma despesa ser normal ou usual para determinada empresa ainda que sua ocorrência seja excepcional ou esporádica no curso dos seus negócios.*

Concluimos, portanto, que a teoria do ato anormal de gestão foi recepcionada em nosso ordenamento do imposto de renda, positivada no artigo 242 do RIR/94.

Assim, a questão que se coloca é: e se nem todas as empresas da indústria fumageira, ou de qualquer outro setor, adotassem a prática comum e reiterada de reembolso dos custos de financiamento ao produtor rural? E se apenas uma delas adotasse essa prática? A despesa seria indedutível pelo critério da anormalidade de grupo? Note-se que o caso analisado pelo PN n° 32/81 diz respeito a um setor específico, mas isso não significa que não existam muitos outros setores que adotem práticas uniformes no tocante a determinada despesa. Portanto, a resposta a essa questão não fica limitada ao exemplo apresentado, pelo contrário, abrange toda e qualquer despesa que seja submetida ao crivo da normalidade a que se refere o § 2° do artigo 47 da Lei n° 4.506/64.

Neste aspecto, é bem vinda a observação de Mariz de Oliveira (2008, p. 710) no sentido de que “É preciso dar ao parágrafo 2° a sua devida interpretação, para que não se imagine que uma despesa somente será dedutível do lucro real de uma pessoa jurídica quando as demais empresas dedicadas à mesma atividade nela incorram.” De fato, a normalidade em questão até poderia ser aferida através da comparação com parâmetros externos, como assinala Schoueri, e, neste caso, estaríamos diante da normalidade de grupo a que nos referimos antes. Porém, o fato é que a redação do § 2° vincula a normalidade ao *tipo de transações, operações ou atividades da empresa*, ou seja, ela não liga a dedutibilidade das despesas a parâmetros externos e tampouco a condiciona à equivalência de práticas adotadas por outras pessoas jurídicas, ainda que do mesmo setor.

Além disso, conforme afirma esse mesmo autor (2008, pp. 710-712), a normalidade não é o único critério para a dedutibilidade das despesas e tampouco é exclusivo, pois antes dele há o critério da necessidade, previsto no § 1° do artigo 47 e já comentado. Assim, por bem resumir a questão e também nossa posição, julgamos oportuno transcrever o seguinte excerto da lição desse autor, que, através de um único exemplo deixa claro que uma despesa pode ser plenamente dedutível pelo critério da necessidade, sem que essa mesma despesa seja incorrida por outras empresas do mesmo setor (2008, pp. 711-712) :

Ora, antes de tudo, mesmo antes de correlacioná-lo ao ‘caput’ e ao parágrafo 1°, o parágrafo 2° do artigo 47 tem que ser lido na sua inteireza, pois ele não trata apenas de usualidade, mas também de normalidade, isto é, ele não diz que somente são dedutíveis as despesas que sejam usuais em todas ou em muitas empresas, de um ou de quaisquer setores.

Além disso, esse parágrafo trata de usualidade ou normalidade numa ampla gama de circunstâncias, quais sejam, no tipo de transações que a pessoa jurídica pratica, ou segundo as operações envolvidas, ou ainda, perante as atividades da empresa. É o que se depreende quando se lê que *‘as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.’*

[...]

Portanto, este é um critério que a lei prescreve para que a norma de necessidade, que advém do ‘caput’ do artigo 47, seja entendida e aplicada.

Mas não é critério único e excludente de qualquer outro, porque:

- no próprio parágrafo 2º há o critério da normalidade, juntamente com o da usualidade;
- antes dele, no parágrafo 1º, há o critério da necessidade no sentido de contribuição para tornar possível a realização de transações ou operações exigidas pela atividade da empresa;
- e, antes de tudo, vem a regra principal, inserida no ‘caput’, da dedutibilidade das despesas que sejam necessárias à atividade da empresa ou à manutenção da sua fonte produtora.

[...]

Portanto, é possível que uma despesa seja necessária embora não seja usual ou comumente adotada pelas demais, ainda que um determinado setor.

Realmente, só para exemplificar, na hipótese de uma pessoa jurídica submeter todos os seus funcionários a um tipo de treinamento especial, os respectivos gastos são dedutíveis ainda que todas as outras empresas do mesmo setor não dêem aos seus funcionários aquele determinado tipo de treinamento, e nem qualquer outro.

Ampliando um pouco mais o exemplo dado por Mariz de Oliveira, pode-se dizer que uma determinada despesa pode ser usual e normal para uma pessoa jurídica e, ao mesmo tempo, também ser usual e normal para um conjunto de pessoas jurídicas que explorem atividades distintas ou pertencentes a um outro setor. Podemos citar as despesas com: (i) festividades de final de ano; (ii) feiras e congressos para clientes; (iii) descontos concedidos a clientes com o objetivo de incrementar vendas; (iv) benefícios concedidos a empregados ou diretores como política de retenção de talentos. Essas são também despesas assumidas por muitas empresas, independentemente da atividade explorada e que, nem por isso, são indedutíveis pelo critério da normalidade.

Assim, entendido o artigo 47, §§ 1º e 2º da Lei nº 4.506/64 como uma única norma jurídica, percebe-se que a anormalidade no campo das despesas operacionais no direito tributário brasileiro aproxima-se do conceito de anormalidade cunhado pela jurisprudência francesa para designar a prática de atos contrários aos interesses da empresa.

1.2 – Distribuição Disfarçada de Lucros (anormalidade quantitativa)

O artigo 60 do DL n° 1.598/77, reproduzido no artigo 464 do RIR/99, dispõe que se presume DDL os seguintes atos praticados pela pessoa jurídica:

- I - alienação, por valor notoriamente inferior ao de mercado, de bem do seu ativo a pessoa ligada;
- II - aquisição, por valor notoriamente superior ao de mercado, de bem de pessoa ligada;
- III - perda, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, de sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;
- IV - transferência a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, de direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;
- V - pagamento a pessoa ligada de aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado;
- VI - realização com pessoa ligada de qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

Já o conceito de pessoas ligadas à pessoa jurídica e valor de mercado vem expressos no § 3° e seguintes do artigo 60 do DL n° 1.598/77, com a redação dada pelo DL n° 2.065/83⁹⁷ como sendo: a) o seu sócio, mesmo quando outra pessoa jurídica; b) o seu administrador ou titular; c) o cônjuge e os parentes até terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física, do administrador ou titular.

⁹⁷ “§ 3° Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica:

a) o sócio desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;
b) o administrador ou o titular da pessoa jurídica;

c) o cônjuge e os parentes até terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata a letra a e das demais pessoas mencionadas na letra b.”

§ 4° - Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado.

§ 5° - O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes.

§ 6° - O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço.

§ 7° - Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 5° e 6° e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros.”

Uma vez detectada a DDL, o artigo 62 do DL n° 1.598/77, com a redação dada pelo DL n° 2.065/83⁹⁸, determina que sejam efetuados os ajustes no lucro tributável da pessoa jurídica, podendo ser uma adição ou uma proibição de dedução, a depender do caso.

Assim, na DDL, a anormalidade é presumida em função dos laços de proximidade entre a pessoa jurídica e as pessoas relacionadas no § 3° do artigo 60 do DL n° 1.598/77. Essa relação de proximidade pode indicar que a transação não tenha sido praticada no interesse da pessoa jurídica, mas sim de seus sócios ou de pessoas a eles ligadas, visto que, a princípio, não haveria o distanciamento necessário para que as condições do negócio sejam comutativas (*at arm's length*)⁹⁹. Diz-se a princípio porque o § 2° do artigo 60 do DL n° 1.598/77 exclui a presunção de DDL caso seja provado que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas.

Feitas essas considerações gerais, parece-nos necessário aprofundar o estudo e a evolução dessa figura ao longo do tempo, inclusive as teorias a respeito de sua natureza jurídica para, em seguida, demonstrar que ela não passa de uma derivação fiscal dos atos de liberalidade historicamente vedados pela legislação societária e, portanto, são atos anormais de gestão por natureza, já que não são praticados no interesse da pessoa jurídica e sim de seus sócios, acionistas ou terceiros a eles relacionados.

1.2.1 – Breve histórico da legislação relativa à DDL e a teoria da sanção por ato ilícito

A figura da DDL foi introduzida no sistema jurídico brasileiro através dos artigos 72 e 73 da Lei n° 4.506/64 e inicialmente previa 12 (doze) hipóteses caracterizadoras de DDL da pessoa jurídica a seus sócios, dirigentes, participante nos lucros, parentes ou dependentes

⁹⁸ “Artigo 62 - Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:

I - nos casos dos incisos I e IV do artigo 464, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do período de apuração;

II - no caso do inciso II do artigo 464, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;

III - no caso do inciso III do artigo 464, a importância perdida não será dedutível;

IV - no caso do inciso V do artigo 464, o montante dos rendimentos que exceder ao valor de mercado não será dedutível;

V - no caso do inciso VI do artigo 464, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis.”

⁹⁹ Para um aprofundamento acerca do princípio *at arm's length*, vide Luis Eduardo Schoueri, in “Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro”. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2006.

(artigo 72, I a XII). Uma vez configurada a DDL, o artigo 73 determinava que, sobre os lucros ou dividendos disfarçadamente distribuídos, incidiria o imposto de renda na pessoa jurídica à alíquota de 50%, sem prejuízo do imposto que coubesse à pessoa física beneficiada.

A menção à alíquota de 50% é importante uma vez que, sendo ela, à época, superior à alíquota geral de 30% incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas, acabou levando muitos juristas de peso a classificar a natureza jurídica da DDL como uma sanção por ato ilícito. Nesse sentido, podemos destacar as opiniões de Ulhoa Canto (1975, p. 409)¹⁰⁰, Fanucchi (1968, p. 136), Gomes de Souza (1971, pp. 296-301) e finalmente, Sampaio Dória (1977, p. 35).¹⁰¹

O DL n° 1.598/77 alterou substancialmente o regime, reduzindo a hipóteses configuradoras de DDL de doze para seis. Introduziu, contudo, cláusula geral em relação ao acionista controlador (artigo 61, II), assim como estipulou a responsabilidade exclusiva do administrador, sócio, titular ou acionista controlador pelo imposto devido pela pessoa jurídica (artigo 62, §§ 1° e 3°), além da responsabilidade pelo imposto devido por essas mesmas pessoas físicas na condição de sujeitos passivos que obtiveram acréscimo patrimonial em decorrência do negócio praticado com a pessoa jurídica.

O deslocamento da responsabilidade pelo imposto de renda devido pela pessoa jurídica para a pessoa física deve-se ao fato de que, além do Fisco, a maior prejudicada pela DDL era, na verdade, a própria pessoa jurídica, conforme constava, inclusive, da Exposição de Motivos do DL n° 1.598/77:

¹⁰⁰ “Assim, a exacerbação de alíquota prevista para a hipótese de se acobertar a existência de lucro e a sua distribuição sob o manto de um negócio permutativo tributariamente neutro materializa, sem sobra de dúvida, sanção para o ato ilícito que é a própria sonegação dos impostos devidos, sem prejuízo de cominações outras, possivelmente cabíveis.”

¹⁰¹ “Acentuamos, anteriormente, que a tipificação legal da distribuição disfarçada de lucros apresenta evidentes conotações penais. Tanto porque a figura abrange operações tendentes a *disfarçar* a ocorrência de fatos juridicamente relevantes (lucros e sua distribuição), circunstância que normalmente desencadeia o instrumental repressivo da lei, como porque a imposição financeira, que sobre elas recai, na base de 50%, é substancialmente mais gravosa do que aquela reservada para os mesmos fatos, quando exteriorizados sem disfarce, vale dizer, quando os lucros se distribuem de modo ostensivo, tributados à alíquota normal de 30% uma vez apurados na pessoa jurídica. A conclusão a extrair dessa análise na definição legal da figura seria a de que a imposição instituída é, na realidade, uma *pena* (e não um tributo), e que as hipóteses de tributação disfarçada configuram *atos ilícitos* (e não hipóteses de incidência ou fatos geradores).”

Na definição dos responsáveis pelo imposto devido em razão da distribuição disfarçada de lucros, o projeto adota a orientação de impor o ônus do imposto aos beneficiários dos lucros distribuídos disfarçadamente e não à pessoa jurídica que sofreu o prejuízo da distribuição.

Como consequência, a alíquota majorada de 50% foi suprimida e as diferenças passaram a ser tributadas pela alíquota aplicável ao lucro apurado pelas pessoas jurídicas em geral. Todavia, com o advento do DL n° 2.065/83, a responsabilidade do administrador, sócio, titular ou acionista controlador, pelo imposto devido pela pessoa jurídica foi extinta (artigo 20, IX e XI), de modo que, atualmente, é ela o sujeito passivo eleito pela lei para suportar a incidência do IRPJ sobre as diferenças decorrentes de atos caracterizadores de DDL.

Isso posto, é importante repassar algumas ideias, premissas e conceitos com os quais a doutrina trabalhava antes mesmo do advento do DL n° 1.598/77 na tentativa de definir a natureza jurídica da DDL.

O primeiro deles diz respeito à inexistência de alíquota majorada do IRPJ, o que enfraquece as bases da teoria que via na DDL uma sanção por ato ilícito. Não obstante, nos dias atuais, Mariz de Oliveira (2008) ainda entende ser a DDL uma sanção por ato ilícito. Os pressupostos fundamentais que o autor leva em consideração para chegar a tal conclusão são os seguintes: (i) objetivo subjacente às normas de DDL não é a proteção de sócios ou acionistas minoritários da pessoa jurídica que pratica DDL, mas sim a arrecadação tributária (2008, p. 775); (ii) na DDL não há acréscimo patrimonial para a pessoa jurídica autora da DDL, mas sim para as pessoas favorecidas (2008, p. 808):

Nesta conformação fática – prejuízo por redução patrimonial ou por não auferimento de resultado positivo, ou positivo maior -, lógica e juridicamente inviável falar-se em imposto de renda devido pela pessoa jurídica distribuidora do favorecimento.

Como, entretanto, a lei prescreve exações sobre a pessoa jurídica distribuidora do favorecimento, em todas as hipóteses de DDL, e como tais exações não têm a natureza jurídica de imposto de renda, somente podem ser consideradas penalidades pecuniárias, por serem ilícitos de natureza tributária as práticas de favorecimento das pessoas ligadas, às custas do patrimônio da pessoa jurídica e em detrimento dos interesses da arrecadação tributária.

A sanção por ato ilícito não é tributo (CTN, artigo 4°), muito menos imposto de renda (arts. 4° e 43), mas é objeto de obrigação tributária principal (artigo 113, “caput” e parágrafo 1°), que, ao

menos em princípio, pode ser instituída por lei no interesse da proteção da arrecadação tributária (CF, artigo 5º, inciso II).

O autor finaliza concluindo que as normas de DDL são inconstitucionais pois, ao não atingirem renda efetivamente auferida pela pessoa jurídica, ainda que com a característica de sanção por ato ilícito, revestiriam-se de natureza confiscatória e ofenderiam o princípio da capacidade contributiva previstos, respectivamente, nos artigos 150, IV e 145, § 1º da CF de 1988 (2008, p. 811).

A caracterização da DDL como tributação de renda presumida suscita desde sempre a discussão acerca dessa modalidade de tributação, como ocorre no preço de transferência, nas regras de valoração aduaneira ou base tributável mínima do IPI em operações entre empresas interdependentes. Esse modelo de renda presumida pode ser aplicado apenas às condutas representativas de DDL dos incisos I e IV do artigo 60 do DL nº 1.598/77, já que as demais hipóteses não se referem a uma renda que a pessoa jurídica deixou de auferir, mas sim, decréscimos patrimoniais ou perdas que, em tese, ela não incorreria em condições normais de mercado (incisos II, III e V). Essas condutas não representam em si mesmas, ilícitos de natureza tributária, ou mesmo uma sanção de ato ilícito, mas tão somente mecanismo de presunção de renda ou de perdas desnecessárias, que operam no pressuposto de que nas transações entre partes vinculadas não há o distanciamento necessário para a fixação de preços, valores e exercícios de direitos em conformidade com os parâmetros de mercado.

Nas operações com partes vinculadas, o *interesse da empresa* pode ser deixado de lado em função dos interesses daqueles que com ela transacionam e, se o patrimônio da empresa pode ser prejudicado em razão dessas práticas, a arrecadação tributária também poderá ser, pois o fisco também tem todo o interesse em que a empresa seja lucrativa, afinal, quanto maior o lucro, maior será a arrecadação tributária. Assim, as condutas representativas de ato anormal de gestão representam, sempre, ilícitos de natureza societária (pois são contrárias ao interesse da empresa), mas cujos efeitos econômicos subjacentes são colhidos e disciplinados pela lei tributária na medida em que afetam os interesses da pessoa jurídica de direito público competente para instituir e exigir o IRPJ.

De qualquer forma, quando se trata de DDL, não se pode deixar de mencionar o pioneiro estudo de Sampaio Dória (1977) que abrangeu desde o tratamento pré-legislativo da matéria (antes da Lei nº 4.506/64) até os seus pressupostos específicos, embora anteriores ao advento do DL nº 1.598/77.

Para o referido autor, o que se busca proteger com as normas relativas à DDL seria o *interesse da empresa* em detrimento dos interesses particulares daqueles que com ela mantêm relação de proximidade, à semelhança do que a lei das sociedades por ações sempre fez ao proibir os administradores de praticarem atos de liberalidade às custas da companhia. Diríamos mesmo que essas normas visam proteger o interesse do fisco, ao mesmo tempo que o interesse da empresa. Embora extenso, vale transcrever o entendimento daquele que foi um dos maiores tributaristas de seu tempo a respeito do objetivo subjacente às regras de DDL:

Nem por isso, contudo, se pode acolher, *prima facie*, a legitimidade jurídica ou a idoneidade de tais atos, dado que colimam um propósito não jurídico, qual seja, o de, sob a proteção de negócio formalmente válido, distorcer o que deve ser a vontade e o interesse da empresa e dela transferir para o titular uma vantagem econômica, através de modalidade negocial mais benéfica do prisma tributário. Este, a propósito, o traço constante das práticas ora analisadas, juridicamente objetável: *vicia-se a vontade da empresa*, como pessoa jurídica dotada de personalidade autônoma da de seus titulares e cujos interesses globais não coincidem necessariamente com os de seus sócios ou acionistas, isolada e separadamente considerados. Noutros termos, admitida a teoria institucional da empresa que, do prisma jurídico, não se confunde com a pessoa de seus titulares e que, do econômico-financeiro e também social, persegue finalidades próprias, segue-se que qualquer ato, embora em torno dele se arregimente a totalidade dos sócios ou acionistas, contrário a tais pressupostos, de alguma forma é inautêntico, fictício, porquanto nega a essência mesma da organização empresarial, estruturada para fins *lucrativos* e não *beneficentes*, ainda que em prol de seus detentores. No processo formativo da vontade da empresa introduz-se um elemento estranho, que desnatura aquela vontade, por contrário aos interesses próprios da sociedade. Tanto assim é, que seria inconcebível o procedimento se favorecesse terceiros, que não tais titulares, salvo naturalmente se os responsáveis pela sociedade estivessem contemplando sua interdição como pródigios...

Essa mesma realidade fática já suscitou, noutras áreas do direito, normatividade expressa para reprimir-lhe as conseqüências. É o caso da legislação de sociedades por ações, que proíbe aos diretores praticarem atos de liberalidade à custa da sociedade e aos acionistas votarem em deliberações que particularmente os favoreçam, em oposição aos interesses sociais. Todas essas diretrizes defluem da preocupação comum de assegurar objetividade à ação societária e autenticidade a seu processo

volitivo, manifestado através da personalidade de seus dirigentes (em sentido amplo, atingindo a assembléia dos acionistas) e *compatível com os objetivos sociais*, nos quais não se pode incluir a preterição dos interesses societários em favor dos acionistas, sem o que se invalida a própria razão de ser da empresa. (Dória, 1977, pp. 10-11)

Não bastasse a assertiva de Sampaio Dória, a própria exposição de motivos do DL n° 1.598/77, que transferiu a responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto da pessoa jurídica às pessoas beneficiadas¹⁰², deixou claro que as condutas representativas de DDL eram e ainda são atos contrários aos interesses da empresa, visto que resultam em prejuízo, seja pela “falta de ganho”, seja por uma perda efetivamente incorrida em decorrência de negócios praticados com pessoas ligadas.

Assim, do ponto de vista do direito brasileiro, a figura da DDL equipara-se ao ato anormal de gestão, com o significado que lhe dá a doutrina francesa no plano tributário. Como vimos, uma boa parte da construção jurisprudencial e doutrinária em torno dessa figura baseou-se no conceito de interesse da empresa acima mencionado, assim como na distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a de seus sócios e administradores, que são considerados pela doutrina e pela jurisprudência daquele País, não como pessoas ligadas, mas sim como verdadeiros “terceiros”.

Por essa razão, as obras e escritos a respeito do assunto fazem uma extensa referência a julgados que refletem situações muito parecidas com aquelas disciplinadas pela regra da DDL e os exemplos citados pelos autores deixam bem clara a semelhança entre as duas figuras, conforme observa-se no seguinte excerto da obra de Bur:

21 - Mas finalmente ainda é preciso distinguir entre dois tipos de vantagens concedidas a terceiros:

- O ato de gestão em questão é praticado exclusivamente no interesse de terceiros para a empresa;
- O ato de gestão em questão não traz à empresa um ganho, resultado ou interesse mínimo quando considerado proporcionalmente à vantagem obtida pelo terceiro;

¹⁰² Na definição dos responsáveis pelo imposto devido em razão da distribuição disfarçada de lucros, o projeto adota a orientação de impor o ônus do imposto aos beneficiários dos lucros distribuídos disfarçadamente e não à pessoa jurídica que sofreu o prejuízo da distribuição.

22 - O primeiro caso da figura corresponde à hipótese de fraude primária, em que uma empresa, quer na forma individual ou de sociedade, irá suportar encargos ou despesas, ou renunciar a receitas em condições radicalmente insuscetíveis de atender seus interesses, porque corresponde a situações de confusão patrimonial entre a empresa e seu dirigente. Citamos os seguintes exemplos de assunção de encargos por uma empresa de despesas pessoais de seus dirigentes:

- Custo de uma recepção organizada por ocasião de um evento relevante para a família do empresário, mesmo que entre os convidados estejam colaboradores da empresa e pessoas de suas relações profissionais;

- Custos de combustível e de eletricidade incorridos por uma sociedade locatária de um ponto comercial em razão de o aquecimento e iluminação reunidos em um imóvel no qual o CEO também tem sua residência pessoal. (Bur, 1999, p. 15; tradução nossa).

Não sem razão, Schoueri (1996, p. 163), após afastar as hipóteses de presunção, ficção e ato ilícito, entende que a DDL possui a natureza jurídica de ato anormal de gestão, quando afirma:

Dentre os atos anormais de gestão, entretanto, destacam-se os que se referem a distribuição disfarçada de lucros, porque aqui, encontramos, sempre, a par da ocorrência de um ato anormal de gestão, um favorecimento a pessoa ligada. Em outras palavras, entende-se ser a distribuição disfarçada de lucros um ato anormal de gestão em benefício de pessoa ligada.

É certo que Mariz de Oliveira (2008) traz argumentos relevantes para sustentar o seu entendimento de que a exigência do IRPJ sobre ganhos potenciais (não efetivos) ou perdas efetivamente auferidas não é permitida pela CF em razão dos princípios do não confisco e capacidade contributiva, além de não haver efetivo acréscimo patrimonial para a pessoa jurídica em decorrência das condutas representativas de DDL. A conclusão de Mariz de Oliveira é condizente com a premissa adotada pelo autor, qual seja, de que o objetivo subjacente às normas de DDL não seria o de proteger os sócios ou acionistas minoritários da pessoa jurídica, mas sim a própria arrecadação tributária (2008, p. 775).

Adiante trataremos do enfoque constitucional do problema relacionado à tributação dos atos anormais de gestão nesses moldes, mas, por enquanto, já podemos adiantar que, em nosso entendimento, as normas de DDL têm função normalizadora no sentido em que descrevemos no Capítulo II. Todavia, seu objetivo principal não seria propriamente a proteção

da própria empresa, mesmo que não seja difícil constatar que tais normas nada mais são do que aqueles *atos de liberalidade às custas da companhia*, proibidos pelo artigo 154, § 2º, “a” da Lei nº 6.404/76 (estes sim ilícitos, porém, de natureza societária) que podem ensejar a ocorrência de evasão fiscal, motivo pelo qual opta-se pela tributação presumida, admitindo-se prova em contrário pelo contribuinte. Se as normas de DDL visassem principalmente a proteção dos interesses da empresa, o sujeito passivo deveria ser mesmo o beneficiário e não a pessoa jurídica prejudicada.

Se, no sistema capitalista, o normal é que qualquer companhia busque uma vantagem em negócios praticados com terceiros, ou seja, busque o lucro, a lei tributária mais do que exige, presume, que essa finalidade seja perseguida também e principalmente quando se tratar de atos ou negócios praticados com pessoas ligadas e, portanto, possam ter interesse diverso daquele que teria a pessoa jurídica. Tanto assim que, se o negócio for praticado no interesse da pessoa jurídica e em condições comutativas, o próprio artigo 60, § 2º do DL nº 1.598/77 afasta a aplicação das regras de DDL, do contrário, presume a ocorrência de lucro tributável.

Da mesma forma, o direito societário reconhece que, em transações com partes vinculadas, a finalidade lucrativa e, portanto, o interesse da empresa pode não prevalecer e, por isso mesmo, exige que as operações entre sociedades coligadas, controladas e controladoras, observem condições estritamente comutativas.¹⁰³ Assim, o que essas normas buscam é inserir os negócios da empresa com partes vinculadas dentro do ambiente de normalidade próprio do regime capitalista, igualando o tratamento tributário de transações com partes vinculadas àquelas praticadas com terceiros (artigo 150, II da CF).

Por outro lado, como vimos, a empresa contemporânea é responsável pela concentração de múltiplos interesses, que passam pela geração de emprego, pela distribuição de renda (tanto para empregados, fornecedores, quanto para o próprio Estado através da arrecadação tributária), até a criação de novas tecnologias que contribuem para o bem estar e evolução contínua da sociedade. Por isso, no direito falimentar já é antigo o consenso a respeito da existência do *princípio da preservação da empresa* que veio a se consolidar

¹⁰³ Artigo 245 - Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

quando da edição da Lei n° 11.101/05, artigo 47¹⁰⁴, segundo o qual o procedimento de recuperação judicial visa preservar a empresa e garantir a sua *função social* através da manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores e da própria economia nacional.

É a partir desse contexto, a nosso ver mais amplo e sistemático, que devem ser compreendidas as normas de DDL. Em outras palavras, tal como a legislação societária e falimentar, elas buscam não só submeter os negócios com partes vinculadas aos cânones capitalistas e de mercado, como também preservar a arrecadação tributária contra a prática de certos atos que podem levar a empresa a um estado de deterioração e depauperamento que não interessa nem aos empregados, nem aos credores e nem ao Estado, cuja principal fonte de financiamento de despesas está justamente na arrecadação tributária.

Dessa forma, ao praticar a DDL, a empresa enfraquece a si mesma e coloca em risco não só a sua própria continuidade como também a fonte de renda de seus empregados, fornecedores e Estado, deixando assim, de cumprir com sua função social, conforme previsto nos artigos 116, parágrafo único, 154, “caput” da Lei n° 6.404/76 e 170, III da CF. É sob o influxo dessas premissas e princípios, notadamente o último, de natureza constitucional, que, nos parece, deva ser abordada a questão da DDL enquanto ato anormal de gestão, o que nos levará a concluir pela constitucionalidade de seus dispositivos, conforme será melhor demonstrado adiante.

1.3 – Interdependência entre o Imposto sobre Produtos Industrializados, IPI, e o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações.

Também na legislação do IPI e do ICMS podemos encontrar dispositivos com sentido e alcance semelhantes aos mencionados acima, mais especificamente no que se refere à apuração da base de cálculo desses tributos em operações envolvendo empresas do mesmo grupo através de uma relação de interdependência.

¹⁰⁴ Artigo 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, o artigo 24, §4º da Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo determina que, em operações com empresas interdependentes, o montante do frete que exceder os níveis normais de preços em vigor no mercado local para serviço semelhante deverá ser incluído na base de cálculo do ICMS como parte do preço da mercadoria.¹⁰⁵

No que se refere ao IPI, o artigo 15 da Lei nº 4.502/64 dispõe que o valor tributável, isto é, a base de cálculo do tributo, não poderá ser inferior ao preço normal de venda por atacado a outros compradores ou, na sua falta, ao preço corrente no mercado atacadista do domicílio do remetente quando da remessa a estabelecimento com o qual ele mantenha relação de interdependência.¹⁰⁶ Na falta de preço corrente no mercado atacadista, o artigo 196, parágrafo único, inciso II do Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/10) determina que a base de cálculo será formada pelo custo de fabricação, acrescido dos custos financeiros, de venda, administração e publicidade, bem assim do lucro normal que a empresa teria obtido.¹⁰⁷

Note-se que, neste caso, pelo menos para fins de determinar a base de cálculo do IPI, a legislação determina que a pessoa jurídica inclua o lucro *normal*, ou seja, aquela margem de lucro que ela praticaria caso transacionasse com terceiros. A inclusão da margem de lucro na base de cálculo do IPI é feita *a priori*, pelo próprio contribuinte no âmbito do lançamento por homologação (artigo 150 do CTN) e, em que pese ter o objetivo de evitar a

¹⁰⁵ “Artigo 24 - Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é:

(...)

§ 4º - Quando o frete for cobrado por estabelecimento pertencente ao mesmo titular da mercadoria ou por outro estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência, em valor que exceda os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviço semelhante, constantes de tabelas elaboradas pelos órgãos competentes, o valor excedente será havido como parte do preço da mercadoria.”

¹⁰⁶ “Artigo 15. O valor tributável não poderá ser inferior:

I - ao preço normal de venda por atacado a outros compradores ou destinatários, ou na sua falta, ao preço corrente no mercado atacadista do domicílio do remetente, quando o produto fôr remetido, para revenda, a estabelecimento de terceiro, com o qual o contribuinte tenha relações de interdependência.”

¹⁰⁷ “Artigo 196 - Para efeito de aplicação do disposto nos incisos I e II do artigo 195, será considerada a média ponderada dos preços de cada produto, em vigor no mês precedente ao da saída do estabelecimento remetente, ou, na sua falta, a correspondente ao mês imediatamente anterior àquele.

Parágrafo único. Inexistindo o preço corrente no mercado atacadista, para aplicação do disposto neste artigo, tomar-se-á por base de cálculo:

(...)

II - no caso de produto nacional, o custo de fabricação, acrescido dos custos financeiros e dos de venda, administração e publicidade, bem assim do seu lucro normal e das demais parcelas que devam ser adicionadas ao preço da operação, ainda que os produtos hajam sido recebidos de outro estabelecimento da mesma firma que os tenha industrializado.”

manipulação artificial de preços pelos contribuintes, possui inegável semelhança com o perfil do ato anormal de gestão em sua feição positiva, qual seja, aquela baseada no pressuposto de que a empresa deve obter um mínimo de ganho em suas transações com terceiros ou partes vinculadas.

A única diferença estaria no fato de que, no caso do IPI, a lei obriga expressamente o contribuinte a efetuar por conta própria a inclusão da margem de lucro na base de cálculo do tributo, enquanto que, como regra geral, no ato anormal de gestão, o que ocorre é a recomposição da base de cálculo pelo fisco mediante inclusão do ganho normal que o contribuinte poderia ter obtido, mas já em momento posterior, isto é, após a ocorrência do fato gerador. Todavia, isso não exclui a possibilidade de que o contribuinte deixe de efetuar tal inclusão no âmbito do lançamento por homologação e, em momento posterior, o fisco efetue a recomposição da base de cálculo e exija a diferença do IPI não recolhido através do lançamento de ofício (artigo 142 do CTN).

2 – ATOS “TIDOS” POR ANORMAIS, PORÉM NÃO DISCIPLINADOS EXPRESSAMENTE PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Visto o ato anormal de gestão em sua dupla perspectiva, quais sejam, (i) ato praticado pelos administradores em desconformidade com os interesses da empresa e/ou (ii) assunção de risco excessivo pelos administradores, cabe agora identificar algumas situações anormais, porém, não contempladas expressamente pela legislação tributária brasileira.

Conforme já mencionamos, Greco (2008, p. 350) entende que a teoria não se encontra amplamente discutida na experiência brasileira, razão pela qual mereceria um estudo relacionando a questão da tributação com as práticas anormais ou inadequadas por outros órgãos e entidades de fiscalização da atividade econômica.

Essa situação é relativamente comum e pode ser observada na prática em razão do intercâmbio de informações, principalmente, entre as autoridades monetárias e de mercado de capitais (BACEN e CVM) com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, SRF, e vice-versa, tanto que alguns casos que serão mencionados a seguir foram julgados por órgãos colegiados

vinculados a essas instituições, quais sejam, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e o antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

2.1 – Empréstimo em dinheiro versus aumento de capital

O financiamento das atividades de uma empresa pode se dar de diversas formas, tais como: a integralização de capital em bens ou dinheiro, a emissão privada ou pública de ações para aumento de capital, os empréstimos (mútuo) em dinheiro com terceiros ou com seus próprios sócios, a emissão de debêntures, etc. Dependendo da forma adotada, a remuneração do empréstimo poderá se dar através da distribuição de lucros ou dividendos (no caso de integralização de capital com emissão de quotas ou ações da companhia), de juros (no caso de empréstimo em dinheiro feito por terceiros ou pelos sócios/acionistas) ou de ambos, no caso da emissão de debêntures. Isso sem falar em diversos outros instrumentos financeiros que possibilitam o ingresso de capital na companhia.

Todas essas formas de financiamento estão previstas na legislação societária (Lei nº 6.404/76) ou civil (Código Civil) e os respectivos efeitos fiscais também estão previstos na legislação tributária. Quando a administração da companhia opta pelo financiamento através de aumento de capital, o subscritor do capital adquire quotas (no caso de sociedades por quotas de responsabilidade limitada) ou ações (no caso de sociedades anônimas – Lei nº 6.404/76) que asseguram uma remuneração através de participação nos lucros ou dividendos (no caso de sociedades anônimas). Esses lucros ou dividendos que a companhia paga a seus sócios/acionistas são indedutíveis da base de cálculo do IRPJ.

Já os juros decorrentes de empréstimo em dinheiro (mútuo) efetuado com terceiros, ou com os próprios sócios/acionistas da companhia, são caracterizados, para fins da legislação do IRPJ, como despesas operacionais de natureza financeira, dedutíveis da base de cálculo desse tributo, observadas as condições previstas no artigo 17, parágrafo único do DL nº 1.598/77 e artigo 1º, § 3º da Lei nº 9.532/97, ambos reproduzidos no artigo 374 do RIR/99.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Artigo 374 - Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (DL nº 1.598, de 1977, artigo 17, parágrafo único):

Note-se que a opção por financiar as atividades da companhia através de empréstimos com seus próprios sócios/acionistas, como regra, não representa um ato anormal de gestão, pois trata-se do exercício de um direito protegido pela liberdade de gestão (que comentaremos mais adiante), sendo prática usual e normal em grande parte das empresas e reconhecido, inclusive, pelas autoridades fiscais federais através do Parecer Normativo nº 138/75, emitido pela Coordenadoria do Sistema de Tributação.¹⁰⁹ Diz-se “como regra” pois, dependendo das condições do empréstimo, especialmente da taxa de juros praticada, poderá restar caracterizada uma anormalidade qualificada nas regras de DDL, já comentada.

Não obstante tratar-se de uma conduta lícita, normal e usual, quando o valor de empréstimos em dinheiro com sócios/acionistas atinge um determinado montante, geralmente próximo ou superior ao valor de capital integralizado da companhia, surge uma situação usualmente chamada de *subcapitalização*, cujos efeitos fiscais, até o advento da Medida Provisória nº 472/09 (arts. 24 e 25), não eram disciplinados pela legislação brasileira.

O estado de subcapitalização, por si só, também não nos parece ser indicativo de um ato anormal de gestão, pois os juros pagos aos sócios/acionistas poderão ser compatíveis com os de mercado ou até mesmo inferiores, não gerando nenhum prejuízo à companhia. O que poderá ocorrer, como muito bem destacado por Greco (2008, p. 408), é o abuso do direito de contrair empréstimo, mas não um ato anormal de gestão. Mas, sem lei que regule a forma de estruturação do capital da empresa, o abuso do direito de contrair empréstimo só pode se configurar na aplicação dada ao numerário excedente às necessidades da empresa.

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem;

II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei nº 9.532, de 1997, artigo 1º, § 3º).”

¹⁰⁹ “EMENTA: São admitidos como despesas operacionais os juros abonados aos empréstimos e saldos credores de contas correntes de sócio, acionista, dirigente, administrador ou participante nos lucros de pessoa jurídica, desde que haja contrato escrito com cláusula expressa. As taxas percentuais ajustadas não poderão ser superiores às comumente utilizadas no mercado financeiro, nem às relativas aos empréstimos menos onerosos obtidos pela pessoa jurídica. Disciplinamento idêntico, aplicável aos empréstimos realizados entre pessoas jurídicas associadas ou interdependentes

Fizemos menção a esse assunto apenas para situar os comentários que serão feitos a seguir a respeito de um importante precedente da jurisprudência administrativa que analisou um caso concreto envolvendo a utilização de empréstimo remunerado a juros de mercado ao invés da integralização/aumento de capital na pessoa jurídica e, a partir do qual, tanto a questão da subcapitalização, quanto a teoria do ato anormal de gestão, foram suscitadas. Trata-se do acórdão nº 9101-00.287 julgado em 24 de agosto de 2009 pela 1ª Turma da CSRF do CARF (caso “Kolynos”).

Em resumo, e de acordo com as informações que constam do próprio acórdão, tratava-se de uma operação de aquisição de uma divisão de determinada empresa de atuação global, sendo que, para viabilizar a aquisição da unidade localizada no Brasil, a compradora constituiu uma sociedade no País para receber, via empréstimo de sua controladora no exterior, a quantia necessária para a aquisição da unidade brasileira.

As autoridades fiscais rejeitaram a dedução dos juros pagos/incorridos pela empresa brasileira sobre as bases de cálculo do IRPJ e CSL, assim como a variação cambial passiva associada ao montante principal, alegando que a despesa era desnecessária nos termos do artigo 47, §§ 1º e 2º da Lei nº 4.506/64, já comentado, pois o montante relativo ao empréstimo havia sido transferido para uma outra empresa do mesmo grupo sediada no Uruguai para que esta, finalmente, adquirisse, no Uruguai, as ações da empresa *holding* que controlava a divisão localizada no Brasil e que seria vendida.

A 1ª Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes entendeu que o caso era de subcapitalização, uma vez que o capital social da empresa brasileira era muito inferior ao valor do empréstimo, porém, como não havia à época qualquer regra disciplinando os limites para dedutibilidade de juros no caso de subcapitalização e, ainda, como a transferência dos valores objeto do empréstimo à pessoa jurídica localizada no Uruguai tinha a natureza de mera condução para realização do negócio, a exigência fiscal foi cancelada, conforme se observa da ementa abaixo transcrita:

[...]

EMPRÉSTIMOS CONTRAÍDOS NO EXTERIOR COM CONTROLADA – DEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS.

Tendo em vista (1) a inexistência de regras referente a indedutibilidade por subcapitalização, (2) a efetividade do empréstimo contraído, (3) a natureza de mera recondução do repasse do valor para operações instantâneas no Uruguai (em benefício do vendedor de participação societária e não do comprador, ora recorrente), (4) a possibilidade jurídica do empréstimo, bem como (5) a tributação dos valores dos encargos creditados ou pagos ao exterior, há de se admitir a dedutibilidade dos encargos com variações passivas e juros. (Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 8/4/10)

Todavia, a Procuradoria da Fazenda Nacional recorreu para a CSRF alegando que a operação, nos moldes em que foi praticada, configuraria um ato anormal de gestão, pois teria sido uma imposição do vendedor que acabou reduzindo a capacidade de geração de lucros da adquirente do negócio.¹¹⁰

A CSRF, por voto de qualidade, reformou o acórdão da 1ª Câmara por entender que, se a companhia que efetuou o empréstimo tinha condições de integralizar o capital, não havia necessidade de se fazer empréstimo, ainda que as taxas de juros observassem as condições de mercado e que aproximadamente um terço do montante emprestado tivesse sido convertido em capital da sociedade¹¹¹. Adicionalmente, no voto da relatora pesou também o fato de que mutuante e mutuária eram pessoas jurídicas ligadas (ao final da operação a empresa que efetuou o empréstimo acabou detendo 99,98% do capital social e das ações com

¹¹⁰ Confira-se o seguinte excerto do relatório da Conselheira Adriana Gomes Rêgo:

“A douta Procuradoria, por meio do recurso especial ora em apreço, alega que o acórdão recorrido ofendeu o artigo 195, I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/94 e, ancorado nos fundamentos do voto vencido, defende que a despesa não era necessária, demonstrando ainda, que o empréstimo não decorreu de um ato de gestão da recorrida, mas de imposição do controlador que, com isso, reduziu a capacidade de geração de lucro da recorrida. Transcreve, ainda, a teoria do ato anormal de gestão, pois visualiza que o fato assim se enquadra.”

¹¹¹ “(...)

Por conseguinte, se a operação poderia ser ‘integralização de capital’ ao invés de empréstimos, por mais um raciocínio muito simples já se pode concluir que o empréstimo não era necessário à atividade da empresa. Aliás, um empréstimo firmado em janeiro de 1995, fixando que o montante principal seria amortizado em janeiro de 2003 e, até lá, ou seja, durante 8 anos, correriam despesas financeiras (juros inicialmente fixados em 8% a.a., além das variações cambiais).

É verdade que um terço desse empréstimo foi depois integralizado e que, ao longo dos anos subseqüentes, a dívida foi amortizada, mas esses argumentos só fazem sentido se se estivesse discutindo aqui o *quantum* da despesa glosada, o que não é o caso.”

direito a voto da empresa controlada, que recebeu o empréstimo).¹¹² O acórdão, então, acabou sendo lavrado com a seguinte ementa:

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. Caracterizam-se como desnecessárias e, portanto, indedutíveis do Lucro Real, as despesas de juros e variações cambiais relativas a empréstimo efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante é sócia-quotista que detém 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos para integralizar o capital.

Na ocasião, o Conselheiro Valmir Sandri, apesar de vencido, fez declaração de voto e concluiu que a operação não configurava um ato anormal de gestão, pelo contrário, o negócio, da forma como conduzido, teria sido extremamente benéfico para a compradora, pois ela veio a se tornar líder de mercado em seu segmento. De fato, de acordo com seu voto:

[...] a opção da controladora, por empréstimo, ao invés de aumento de capital na controlada, é um ato inteiramente normal na gestão de uma empresa, portanto, uma opção negocial e empresarial que está perfeitamente comprovada e justifica inteiramente a necessidade do empréstimo. Logo, comprovado que o empréstimo foi realizado em benefício econômico da empresa, não pode o Fisco exigir ou obrigar que a mesma adote prática que ele entende ser a que resultaria em maior pagamento de tributo.

O voto do conselheiro também situou a decisão entre contratar empréstimo e integralizar/aumentar capital no âmbito da liberdade de gestão ao afirmar que:

O fato de uma empresa possuir patrimônio líquido representativo, não significa dizer que a mesma disponha de valores líquidos em caixa de que pudesse dispor para fins de enviar às suas controladas. Pode ser um ato de gestão não se desfazer de ativos, isto é, não se descapitalizar e optar por empréstimos, especialmente quando os

¹¹² “Logo, faz-se necessário, sim, verificar se as despesas em comento atendem aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, o que, como já dito, não se observa no presente caso, no tocante à necessidade, vez que, por liberalidade das partes envolvidas, adotou-se a forma de empréstimos, em detrimento da capitalização. É verdade que uma empresa detém poder decisório sobre as operações que pretende praticar; no entanto, no que diz respeito à forma de levar os resultados das suas operações à tributação, sem dúvidas, deve observar os preceitos legais. Por conseguinte, entendo que a decisão entre contrair empréstimos ou capitalizar é uma conveniência da empresa. Contudo, afirmar que as despesas advindas do empréstimo são necessárias para que a empresa funcione e se mantenha, extrapola os limites da lógica porque se ‘A’ empresa para ‘A’, ‘A’ não precisa deste empréstimo, porque detém os recursos emprestados.”

juros pagos forem favoráveis. Tal aspecto está sim dentro do âmbito de liberdade e autonomia empresarial que não poderá ser questionado ou ser exigida conduta diversa, por mera interpretação ou consideração objetiva do aplicador da lei.

E, por fim, assinalou que o contrário do que foi feito, sim, seria um ato anormal de gestão, pois a empresa não teria aproveitado uma boa oportunidade para crescer e aumentar o seu faturamento e participação no mercado:

Importante ainda indagar se, diante da possibilidade de alcançar a meta de crescer no mercado brasileiro ou sucumbir diante da concorrência mais forte, seria um bom ato de gestão e a despesa seria necessária se, para fazer caixa, a empresa tivesse que tomar um empréstimo e atender às exigências da empresa vendedora que com ela não tinha qualquer ligação? A resposta só pode ser uma. Seria um ato anormal de gestão, em prejuízo da empresa, se ela não aproveitasse a oportunidade de realizar seu objetivo de crescer e com isso aumentar seu faturamento e, também, adquirir a sua concorrente.

Esse precedente, juntamente com os demais já mencionados no início deste trabalho, demonstra que a teoria do ato anormal de gestão necessita, de fato, ser compreendida em suas raízes para evitar que ela seja aplicada a fatos que não guardam correspondência com seus delineamentos e pressupostos fundamentais. Com efeito, parece-nos que o que motivou a autuação neste caso foi a existência de uma pessoa jurídica que serviu, inicialmente, como *conduit company*, isto é, para a “condução”, para a “passagem”, do montante objeto de empréstimo para uma outra companhia localizada no Uruguai, onde se concretizou a aquisição da empresa *holding* que detinha o controle da unidade brasileira que seria vendida.

Pelo que se observa da leitura dos acórdãos, tanto da 1ª Câmara, como da CSRF, o empréstimo foi feito pela controladora no exterior à *conduit company* brasileira, porém, com entrega dos recursos diretamente à empresa uruguaia para a concretização da operação de aquisição no exterior, de modo que, em um determinado momento, a empresa brasileira era devedora de sua controladora no exterior e era credora da empresa uruguaia. O repasse do valor do empréstimo, no entendimento do fisco, tornou desnecessária e, portanto, indedutível das bases de cálculo do IRPJ e CSL, a despesa de juros e variação monetária que a empresa

brasileira tinha que pagar à sua controladora no exterior nos termos do artigo 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64.

Mesmo essa desnecessidade nos parece questionável porque, no final das contas, após uma sucessão de eventos societários (incorporações, transferência de ações etc.), muito próximos entre si, a dívida da empresa uruguaia com a *conduit company* brasileira foi quitada e ela acabou figurando efetivamente na posição jurídica de única devedora do empréstimo para com a sua controladora no exterior.

Contudo, a Procuradoria da Fazenda Nacional, em seu recurso para a CSRF, alegou que a operação era um ato anormal de gestão, alegação esta que foi afastada, a nosso ver, de forma muito consistente, pelo voto vencido do Conselheiro Valmir Sandri, na medida em que o negócio, ao final, foi extremamente vantajoso para a adquirente. De fato, como visto anteriormente, o ato anormal de gestão corresponde essencialmente a um ato contrário aos interesses da empresa e do qual resulte uma perda ou ausência de ganho por falta de diligência de seus administradores. O que ocorreu no caso em análise foi justamente o contrário: a empresa autuada ganhou com o negócio praticado e, portanto, a teoria do ato anormal de gestão, parece-nos, não poderia ser invocada ou servir de suporte a qualquer exigência neste caso específico.

2.2 – Remissão de dívida

A remissão de dívida é uma forma de extinção das obrigações em geral e está prevista no artigo 385 do Código Civil de 2002. Esta forma de extinção das obrigações também é conhecida como *perdão de dívida* e consiste na renúncia do credor ao direito de receber um bem. Segundo Gomes, o perdão de dívida seria um ato de disposição de um valor patrimonial e pode ser a título gratuito ou oneroso. Se oneroso, o referido jurista entende que quase sempre será uma doação e, portanto, um ato de liberalidade:

O *perdão da dívida* é ato de *disposição* de um valor patrimonial atual. O *remitente* desfaz-se de um *bem*. Não basta, pois, ter capacidade de agir. É preciso que possa *dispor do crédito*. Válida não será, desse modo, a *remissão* feita por credor que não tenha o *poder de disposição* do crédito que quer renunciar.

O ato de disposição pode ser a título gratuito ou a título oneroso. A causa de uma remissão a título gratuito, é, quase sempre, a doação. Por outras palavras, o credor que perdoa uma dívida, sem nada receber, pratica, sem dúvida, ato de liberalidade, pois desfalca seu patrimônio de um valor ativo para aumentar o do devedor pela eliminação do valor negativo que pesava no seu passivo. Normalmente, o perdão da dívida é ato gratuito, ainda se não praticado em favor do devedor, porquanto, em qualquer hipótese, o beneficia. (1994, p. 124)

Em que pese o entendimento de Gomes no sentido de considerar a remissão a título gratuito quase sempre como uma doação, não nos parece ser esse o caso, pelo menos após o advento do Código Civil de 2002. A começar pelo fato de que as duas figuras jurídicas são tratadas separadamente, o que não ocorria no Código Civil de 1916, que não previa expressamente a remissão de dívidas. No Código Civil atual, a remissão está prevista no artigo 385, enquanto a doação está prevista no artigo 538 e seguintes. Além disso a remissão não necessita, obrigatoriamente, de forma escrita (Pontes de Miranda, 2003, Tomo XXV, p. 92), enquanto que a doação far-se-á obrigatoriamente por escritura pública ou particular, com exceção dos bens móveis e de pequeno valor, que admitem doação verbal (Código Civil, artigo 541, parágrafo único).¹¹³

Do ponto de vista da legislação tributária, o artigo 10 do Decreto-lei nº 5.844/43, em vigor até hoje, determina que deverá ser tributada a importância correspondente a perdão ou cancelamento de dívida com que for beneficiado o devedor, porém, apenas quando se tratar de dívida relativa a serviços prestados.¹¹⁴

Assim, a questão que se coloca é se a remissão ou perdão de dívida pode ou não ser considerado um ato anormal de gestão e, conseqüentemente, os seus reflexos na apuração do IRPJ. Do ponto de vista da pessoa jurídica que perdoa a dívida, a princípio, a remissão pura e simples, sem qualquer causa que a justifique, configura uma liberalidade à custa da companhia a que se refere o artigo 154, § 2º, “a” da Lei nº 6.404/76 e, portanto, será um ato anormal de gestão, cuja despesa ou perda correspondente será indedutível da base de cálculo

¹¹³ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

¹¹⁴ Art. 10º Constituem rendimento bruto, em cada cédula, os ganhos derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e demais proventos previstos neste decreto-lei.

§ 1º Entrarão no cômputo do rendimento bruto, nas cédulas em que couberem:

a) a importância com que for beneficiado o devedor, nos casos de perdão ou cancelamento de dívida, em troca de serviços prestados;

do IRPJ, pelo critério da necessidade a que se refere o artigo 47, § 1º da Lei nº 4.506/64. Além disso, também pelo critério da normalidade previsto no § 2º desse mesmo artigo, a quantia perdoada não será dedutível, pois não é normal nem usual que qualquer empresa perdoe uma dívida sem tomar medidas mínimas e necessárias para exigir o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Tanto assim que, embora não tratando do perdão ou remissão de dívidas, o artigo 9º da Lei nº 9.430, impõe critérios rígidos para que uma pessoa jurídica possa deduzir as perdas no recebimento de créditos relacionados à sua atividade, a saber:

- I – créditos em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário (§ 1º, I);
- II – créditos sem garantia, de valor até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento (§ 1º, II, “a”);
- III – créditos sem garantia acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa (§ 1º, II, “b”);
- IV – créditos sem garantia de valor superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento (§ 1º, II, “c”);
- V – créditos com garantia, vencidos há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias (§ 1º, III);
- VI – créditos contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica declarada concordatária, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar (§ 1º, IV)

Essas regras impõem critérios atrelados à situação jurídica do devedor (declaração de insolvência, falência ou concordata – incisos I e VI), assim como os montantes envolvidos e a existência ou não de garantias oferecidas em relação ao crédito (incisos II a V). Esses critérios acabam por criar constrangimentos a ambas as partes, credores e devedores, pois,

para os créditos acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a regra que admite a dedutibilidade da perda exige que o credor proteste e acione o devedor, exigência esta que, na maioria dos casos, impõe custo superior ao benefício em função dos valores envolvidos. Em geral, as transações que ensejam perda por inadimplência não representam liberalidade representativa de uma remissão ou perdão de dívida pela pessoa jurídica credora, mas operações que ocorrem usualmente na prática comercial, mas cujo custo de cobrança pode superar o benefício. Vale dizer que quando o custo de recuperação do crédito se tornar mais oneroso que o benefício, deve prevalecer o da menor perda, como corolário da regra da melhor gestão, e também da utilidade da medida para fins de reconhecimento da perda, aplicando-se o princípio da racionalidade: anormal seria assumir um custo maior que o benefício.

Já em relação ao devedor, o tratamento tributário da remissão de dívida apresenta aspectos controversos que envolvem o entrelaçamento e confusão de critérios e normas contábeis com o conceito jurídico de renda previsto na CF e no artigo 43 do CTN. Sob a ótica contábil, de fato, a remissão da dívida implica em um acréscimo no patrimônio do devedor devido ao desaparecimento de um passivo (a dívida) sem a concomitante extinção de um ativo (o valor ou bem recebido do credor), o que influencia positivamente o patrimônio da pessoa jurídica, na medida em que o montante perdoado deverá ser reconhecido como receita para fins contábeis, nos termos do art. 9º, §3º, II, da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) nº 750, de 1993¹¹⁵.

As regras contábeis assim determinam porque seu objetivo é fornecer a acionistas, investidores, fornecedores e todos aqueles que transacionam com a pessoa jurídica, informações sobre a sua situação econômica e financeira. Por isso, na contabilidade a essência prevalece sobre a forma, ao contrário do direito, especialmente do direito tributário, que pode colher os mesmos fatos econômicos e atribuir-lhes efeitos jurídicos distintos daqueles atribuídos pelas regras contábeis.

Assim, sob o aspecto jurídico, como se demonstrará adiante, o montante perdoado, em que pese representar acréscimo patrimonial para o devedor, não implica necessariamente na ocorrência do fato gerador do imposto sobre a renda, na conformação dada pelo artigo 43 e

¹¹⁵ §3º - As receitas consideram-se realizadas:

II – quando da extinção, parcial ou total, de um passivo, qualquer que seja o motivo, sem o desaparecimento concomitante de um ativo de valor igual ou maior

incisos do CTN. De fato, o referido dispositivo dispõe que o fato gerador do imposto é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica: (i) de renda, assim entendida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e (ii) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os demais acréscimos patrimoniais que não sejam produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Todavia o conceito de renda contemplado no CTN não abarca todo e qualquer acréscimo patrimonial, mas apenas e tão somente aqueles produzidos pela própria fonte da renda (no caso, a empresa), e em decorrência de ato do qual ela participe ativamente, não alcançando os acréscimos auferidos de forma passiva, vindos “de fora” e sem nenhuma contrapartida ou sacrifício da pessoa jurídica. Esses últimos acréscimos patrimoniais foram denominados por Mariz de Oliveira (2008, p. 144) como *transferências patrimoniais*. Em sua monumental obra, esse autor faz um retrospecto histórico completo sobre os debates havidos quando da elaboração do CTN e expõe as correntes doutrinárias que procuravam explicar o conceito de renda, sendo as mais importantes as que defendiam a teoria da renda-acréscimo e a outra, a da renda-produto. Pela teoria da renda-acréscimo, os montantes agregados ao patrimônio da pessoa jurídica sem a sua participação ativa (como por exemplo, as doações), configurariam renda tributável pelo imposto, na medida em que estariam qualificadas no inciso II do artigo 43 (acréscimos patrimoniais não derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos). Porém, pela teoria da renda-produto, tais valores não seriam verdadeiras transferências de renda, mas sim, *transferências de capital* ou, na denominação de Mariz de Oliveira, *transferências patrimoniais* (2008, pp. 188/189).

Esta corrente, capitaneada, dentre outros, por Bulhões Pedreira (1979, vol. II, p. 401), afirma que nem toda a renda que flui para o patrimônio de uma pessoa é efetivamente apta a configurar o fato gerador do imposto em questão, na medida em que muitas vezes essas

transferências são deslocamentos de estoques de capital financeiro, denominados de *transferências de capital*. De fato, referido autor classifica as espécies de transferências financeiras em quatro categorias: **(i)** pagamentos de renda, que seriam contraprestações em troca de serviços prestados; **(ii)** transferências de renda, que seriam as pensões pagas a pessoas físicas e as subvenções correntes para custear as atividades ou operações da pessoa jurídica, além de prêmios de loteria e ganhos de capital; **(iii)** pagamentos de capital, que seriam as contraprestações em trocas de bens econômicos ou direitos que podem ter por objeto recursos naturais ou de capital, dentre os quais a participação em pessoa jurídica e **(iv)** transferências de capital. Nestas, a pessoa que transfere o capital não adquire nenhum direito, apenas diminui o seu estoque de capital em benefício de quem a recebe. De acordo com esse autor, algumas hipóteses de transferência de capital seriam as doações, empréstimos e subvenções para investimento:

Nas transferências de capital uma pessoa transmite direitos com o fim de acrescê-los ao estoque de capital de outra. Em algumas (como as subvenções para investimento e as doações) a pessoa que transfere não adquire nenhum direito – apenas diminui seu estoque de capital em benefício de quem a recebe. Em outras (como na subscrição de capital social ou de valores mobiliários e na concessão de empréstimos) adquire direitos de participação ou direitos de crédito contra quem a recebe. Na transferência que é devolução de empréstimo, há extinção de direito de crédito anteriormente constituído. (1979, vol. II, p. 401)

Mariz de Oliveira, após extensa e apropriada explanação das razões jurídicas que o levam a concluir pela não incidência do imposto sobre as transferências patrimoniais, sintetiza seu entendimento da seguinte forma:

Nestes casos, não há rendimento para o receptor da transferência, embora haja aumento no seu patrimônio: não há rendimento, nem renda ou proventos de qualquer natureza. Como, é claro, também não há receita. Assim se explica, não apenas com base no próprio art. 43, porque as transferências patrimoniais não são sujeitas à tributação, eis que não se confundem com renda nem com proventos de qualquer natureza, como também não se identificam com receita ou com rendimento. (2008, p. 198)

Julgamos conveniente abordar o tema das transferências patrimoniais ou de capital, com o objetivo de situar a questão relativa ao tratamento tributário da remissão de dívida na pessoa jurídica que recebe o perdão. Por essa razão, não iremos tecer maiores considerações a respeito, bastando esclarecer que, tal como Mariz de Oliveira e Bulhões Pedreira, filiamo-nos à corrente que entende que o conceito de renda adotado tanto pela CF quanto pelo CTN é a da renda-produto e não a da renda-acrécimo.

Feitos esses esclarecimentos, nos parece então possível chegar à conclusão de que o valor relativo à dívida perdoada, na pessoa jurídica beneficiada pelo perdão, está fora do campo de incidência do IRPJ, na medida em que ele não representa acréscimo patrimonial produzido pela própria pessoa jurídica, através da troca de bens materiais (venda de mercadorias) ou imateriais (prestação de serviços), bem como aplicações de capital ou sacrifícios de seus ativos em troca de renda. Em outras palavras, o perdão de dívida nos parece se conformar perfeitamente à noção de transferência patrimonial (Mariz de Oliveira) ou de capital (Bulhões Pedreira) à pessoa jurídica, transferência essa que não corresponde ao conceito constitucional de renda previsto na CF e no CTN.

Além disso, outras duas razões nos levam a essa conclusão. A primeira é que o próprio Ministério da Fazenda compartilha do entendimento no sentido de que o perdão de dívida constitui uma transferência de capital, conforme se observa do item 08.10.04 do Manual de contabilidade aplicada ao setor público¹¹⁶, aprovada pela Portaria nº 4/2010, da Secretaria do Tesouro Nacional e Ministério do Planejamento:

08.10.04 PERDÃO DE DÍVIDA

O perdão de dívida é a eliminação de uma dívida por acordo mútuo entre o credor e o devedor. É sempre registrado como se o credor outorgasse uma doação ou transferência de capital ao devedor. O perdão da dívida resulta em redução do ativo financeiro e, usualmente, do patrimônio líquido do credor, igual ao valor da dívida perdoada, e diminuição do passivo e aumento do patrimônio líquido do devedor.

Se a contraparte da transação é um governo estrangeiro ou outra unidade de governo geral, a transação é considerada uma doação de capital, tanto para o credor como o devedor. Caso seja outro tipo de unidade, a transação se classifica como outras despesas/transferências de capital diversas se a unidade credora é do governo geral e como outras receitas/transferências de capital voluntárias distintas de doações se a unidade é a devedora.

¹¹⁶ Obtido em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/ParteVIII_DEFP.pdf, acesso em 23 de março de 2011

A segunda e última razão é que, em sendo a remissão de dívida uma liberalidade concedida pela pessoa jurídica que a concede, o valor perdoado, como visto anteriormente, será indedutível da base de cálculo do IRPJ por ela devido, ou seja, já terá sido oferecido à tributação e se a pessoa jurídica perdoada adicionar esse mesmo valor na base de cálculo do IRPJ, haverá uma dupla exigência, do mesmo imposto, sobre os mesmos montantes, o que, a nosso ver, implica em enriquecimento ilícito do Estado à custa do contribuinte.

2.3 – A questão do risco excessivo

Outro exemplo de ato anormal de gestão não contemplado expressamente pela legislação brasileira seriam as condutas que caracterizassem risco excessivo por parte dos administradores na gestão de ativos ou passivos de companhia sujeita à fiscalização da CVM ou BACEN e das quais resultasse prejuízo à própria empresa, seus acionistas ou sócios minoritários.

Quanto ao risco excessivo, já tivemos a oportunidade de manifestar-nos no sentido de que ele não representa, necessariamente, um ato anormal de gestão, na medida em que, ao mesmo tempo, ele poderá gerar grandes perdas, também poderá gerar ganhos na mesma proporção. Nesse sentido, o que deve ser avaliado, voltamos a insistir, é se a decisão pela assunção do risco foi refletida e fundamentada, bem como se foram tomadas medidas adequadas, senão pela prevenção, pelo menos para diminuição das eventuais perdas.

Os casos que chegam para julgamento da CVM e do CRSFN envolvem empresas com ativos negociados em bolsa de valores, instituições financeiras ou cooperativas de crédito, para as quais já existe uma regulamentação minuciosa quanto ao grau de exposição de riscos a que podem sujeitar suas operações, bem como medidas de precaução destinadas a evitar perdas, em especial a observância aos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos.¹¹⁷

¹¹⁷ Vide nesse sentido, Resolução BACEN n° 2.099/94 e alterações posteriores, que dispõe, dentre outras matérias, sobre a obrigatoriedade de manutenção de valor de patrimônio líquido compatível com o grau de risco da estrutura de ativos da instituição. Da mesma forma, a Resolução BACEN n° 45/66, principalmente após a modificação introduzida pela Resolução n° 1.559/88, que vedou às instituições financeiras:

- a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos;
- b) renovar empréstimos com a incorporação de juros e encargos de transação anterior, ressalvados os casos de composição de créditos de difícil ou duvidosa liquidação;
- c) admitir saques além dos limites em contas de empréstimos ou a descoberto em contas de depósitos;
- d) realizar operações com clientes que possuam restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada;
- e) realizar operações com clientes emitentes de cheques sem a necessária provisão de fundos; e
- f) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título de crédito adequado representativo da dívida. ”

Assim ocorreu, por exemplo, no caso objeto do Recurso n° 6313 julgado pelo CRSFN, no qual os administradores de cooperativa de crédito foram penalizados pela concessão de empréstimo em valores superiores à capacidade econômico-financeira da mutuante e com exposição a risco excessivos¹¹⁸. Vale ressaltar que, desde a Resolução BACEN n° 2771/00 até a atual Resolução n° 3.859/10, as cooperativas de crédito sempre estiveram sujeitas a critérios objetivos de diversificação de risco e exposição por cliente.

Em outro caso, o CRSFN manteve a penalidade de multa pecuniária e inabilitação temporária aos administradores de instituição financeira em decorrência de perdas resultantes de operações em bolsa de mercadorias e futuros sem atendimento ao princípio da diversificação de riscos.¹¹⁹ Embora o CRSFN não tenha se pronunciado sobre o mérito em razão de as partes terem desistido do recurso, a decisão de primeira instância proferida pelo BACEN aplicou as penalidades por entender que a instituição não gerenciava adequadamente o grau de exposição de risco de suas operações e a conduta foi capitulada no artigo 153 da Lei n° 6.404/76 (dever de diligência), dentre outros dispositivos legais e regulamentares.

Tratava-se, no caso, de perdas derivadas de contratos de opção em decorrência da desvalorização cambial do Real frente ao Dólar, em janeiro de 1999. Segundo o relatório, as autoridades do BACEN entenderam que os modelos de gerenciamento de risco utilizados pela instituição eram inadequados, pois baseavam-se exclusivamente em dados históricos e consideravam a manutenção do regime de câmbio fixo. Ainda de acordo com as autoridades do BACEN, a perda poderia ser evitada, visto que, antes da desvalorização cambial, os meios de comunicação e vários estudos já divulgavam que o Real encontrava-se superavaliado e que era esperada uma desvalorização, mas mesmo assim a instituição teria adquirido uma posição vendida de opções de compra de dólar que a expôs à possibilidade de perdas superiores à sua capacidade econômico-financeira.¹²⁰ Finalmente, e ainda de acordo com o relatório, teria sido feita uma aposta:

¹¹⁸ “RECURSOS VOLUNTÁRIOS – Cooperativa de Crédito – Empréstimo – Concessão em valores superiores à capacidade econômico-financeira da mutuante e com exposição, a riscos excessivos, dos recursos de seus associados – Irregularidade caracterizada – Apelo a que se nega provimento.” (Obtido em www.bcb.gov.br/crsfn, acesso em 4/7/10)

¹¹⁹ “RECURSOS VOLUNTÁRIOS – Realização de operações em bolsa de mercadorias e futuros sem atendimento ao princípio de diversificação de riscos. Desistência do apelo. Penalidades: Multa pecuniária e inabilitação temporária. Base legal: Lei n° 4.595/64, artigo 44, §§ 2° e 4°”. (Processo BCB 0001020456 – Recurso 5845 – Sessão de 19 de janeiro de 2005. Obtido em www.bcb.gov.br/crsfn, acesso em 4/7/10)

¹²⁰ De acordo com o relatório do CRSFN: “Mesmo no dia 12.01.99, enquanto os meios de comunicação alardeavam cenários de desvalorização entre 15 e 50%, o gerenciamento de riscos do Conglomerado Fonte considerava uma variação para a cotação cambial de cerca de apenas 0,11%, mantendo inalterada as posições vendidas em opções.”

Caso o regime cambial fosse mantido, ou a desvalorização cambial não superasse 1,24R\$/US\$, a receita de R\$ 1,2 milhão converter-se-ia em lucro. Caso contrário, haveria no mínimo um prejuízo de R\$ 24 milhões, de acordo com o próprio banco, mas que poderia elevar-se dependendo da intensidade da desvalorização cambial. (...) Não seria admissível que, em um período de deterioração da credibilidade do país e durante uma grave crise, uma instituição adquirisse uma posição vendida de opções de compra de dólar no valor de US\$ 260 milhões e apenas efetuasse cálculos e testes que nada mais faziam do que supor a continuidade do regime de câmbio fixo.

E assim ocorreu em diversos outros casos em que os administradores de instituições financeiras foram penalizados em razão de perdas por inobservância dos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos.¹²¹

Assim, a questão que se coloca é se o fisco poderia recusar a dedutibilidade das perdas incorridas em transações praticadas com risco excessivo e que configurassem ilícitos cuja competência para fiscalização e julgamento pertence às autoridades monetárias (CVM, BACEN e CRSFN).

¹²¹ “Realização de operações em desatendimento aos princípios de seletividade e liquidez – Renovação de empréstimos com incorporação de juros e encargos – Permissão de saques a descoberto em contas de depósitos – Inexistência de instrumentos de crédito ou contratos não localizados – Falta de adoção de medidas judiciais de cobrança – Irregularidades, inclusive de natureza grave, caracterizadas – Apelos a que se nega provimento.” (Recurso 4477 – Processo BCB 9900966674, Relator Maurício Lucena Do Val – Julgado em 9 de novembro de 2005 – D.O.U. de 8/12/2005)

“Infringência à boa técnica bancária (inobservância aos princípios da seletividade, garantia e liquidez) – Realização de operações com clientes possuidores de restrições cadastrais, sem ficha cadastral, incompleta e emitentes de cheques sem a necessária provisão de fundos – Admissão de saques além do limite em contas de empréstimos ou *a descoberto* em contas de depósito – Renovação de empréstimos com incorporação de juros e encargos de transação anterior e com abatimento do saldo devedor, falta de nota promissória e borderô de desconto – Acolhimento, como garantia, de notas de empenho de responsabilidade de governo estadual correspondentes a compromissos assumidos com fornecedores, empreiteiras de obras ou prestadores de serviço – Ausência de medidas judiciais de cobrança relativamente a operações vencidas – Descumprimento da determinação de transferir para *créditos em liquidação* de adiantamento a depositante com limite ultrapassado – Falta de provisão de créditos inadimplidos – Irregularidades, inclusive de natureza grave, caracterizadas – Provimento parcial aos apelos trazidos por integrantes do conselho de administração.”

(Recurso 5399 – Processo BCB 9900991149, Relator Fábio Martins Faria - Julgado em 22 de novembro de 2007 – D.O.U. de 12/2/2008)

“Deferimento de operações de crédito sem observância aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos (renovações com incorporação de juros e encargos da transação anteriores; clientes com restrições cadastrais ou emitentes sem a necessária provisão de fundos) – Irregularidades configuradas - Razões de defesa acolhidas em parte – Apelos a que se dá provimento parcial.”

(Recurso 4308 – Processo BCB 9900970409, Relator Valdecyr Maciel Gomes – Julgado em 23 de fevereiro de 2005 – D.O.U. 5/4/2005)

Uma primeira observação que deve ser feita é quanto à qualificação legal do fato. Isto porque, uma conduta que configure ilícito de natureza financeira pode ou não ser qualificada em uma norma tributária que vede ou condicione a dedutibilidade da perda ou despesa, a exemplo do artigo 9º da Lei nº 9.430/96, que autoriza a dedução de perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica, desde que cumpridos determinados pressupostos exaustivamente ali elencados, dentre os quais, a propositura de medidas administrativas ou judiciais para sua cobrança.¹²² A lei tributária, nestes casos, parte do pressuposto de que não é normal assumir uma perda em determinado montante, sem que, no mínimo, o credor tome medidas administrativas ou judiciais para exigir o pagamento da dívida.

Já as perdas/prejuízos incorridos em operações nos mercados financeiro e de capitais (sujeitas à fiscalização do BACEN e CVM) estão disciplinadas minuciosamente na legislação tributária e consolidadas no Regulamento do Imposto sobre a Renda de 1999 (RIR/99). Como regra geral, os ganhos nesses mercados são tributados na fonte e as perdas, principalmente no mercado de renda variável, são dedutíveis diretamente do lucro real (base de cálculo do IRPJ), observados, em alguns casos, determinados limites, como aquele previsto no artigo 772 do RIR/99, que autoriza a dedução das perdas até o montante dos ganhos auferidos em cada período de apuração para as operações nele referenciadas (mercados à vista, mercados de opções, mercados futuros e mercados a termo).¹²³

¹²² “Artigo 9º As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos:

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

a) até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

III - com garantia, vencidos há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias;”

¹²³ “Artigo 772 - Ressalvado o disposto no artigo anterior, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 761, 764, 765, e 766 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos (Lei nº 8.981, de 1995, artigo 76, § 4º).”

Parágrafo único. Na hipótese de que trata este artigo, a parcela das perdas adicionadas poderá, em cada período de apuração subsequente, ser excluída na determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada período, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas (Lei nº 8.981, de 1995, artigo 76, § 5º, e Lei nº 9.430, de 1996, artigo 1º).

Portanto, nesses mercados, o legislador reconhece que perdas acontecem normalmente e como tais são dedutíveis do lucro real. Porém, ao limitar a dedutibilidade das perdas ao montante dos ganhos nas mesmas operações, indica que *somente perdas* não são aceitáveis, porque nenhuma empresa existe para gerar somente perdas ou, ainda, mais perdas do que ganhos em *bases contínuas*. Assim, parece-nos que, para esses casos específicos, já há um critério de normalidade pressuposto na lei, ou seja, ganhar e perder nesses mercados é absolutamente normal e rotineiro, porém, *só perder* não é, e daí a lei ter limitado a dedução das perdas ao montante dos ganhos com as mesmas operações.

De qualquer forma, sempre haverá a possibilidade de o Fisco questionar determinada perda alegando risco excessivo como, aliás, já ocorreu em dois casos julgados pelo antigo Conselho de Contribuintes¹²⁴. No primeiro, as autoridades fiscais recusaram a dedutibilidade de perdas apuradas por determinada instituição no mercado de opções flexíveis de taxa de câmbio, sob o argumento de que seriam operações de altíssimo risco. O enquadramento legal do auto de infração foi feito com base no artigo 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64 (já comentado), que condiciona a dedutibilidade das despesas operacionais na base de cálculo do IRPJ aos requisitos da necessidade, usualidade e normalidade, embora, no período-base autuado (1995), já estivesse em vigor a norma que limitava a dedução das perdas no mercado de renda variável ao montante dos ganhos obtidos com as mesmas operações (artigo 76, § 4º da Medida Provisória nº 812/94).¹²⁵

De acordo com o relatório (página 4), a conclusão das autoridades fiscais foi baseada no sentido de que a instituição:

¹²⁴ Processo nº 16.327.000757/99-37 – Acórdão nº 101-93.657 – 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes – julgado em 18/10/01 e Processo nº 16.327.002151/2003-19 – Acórdão nº 101-95.637 – 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes – julgado em 26/7/06. Obtidos em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 6/7/10)

¹²⁵ “Artigo 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou pago sobre os ganhos líquidos mensais será:

I - deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.

§ 4º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 72 a 74 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos.”

[...] negociou operações de altíssimo risco, comprando ações flexíveis de dólar sem garantias da BM&F para liquidação dos contratos, cujos preços de exercício foram livremente pactuados entre as partes, fora do pregão da bolsa, em valores muito superiores às projeções realizadas com base em negociações de dólar no mercado de bolsa da BM&F, mercados de futuros e mercado de opções de compra sobre disponível.

Todavia, a 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes cancelou a exigência por entender que, nesses mercados, o risco é próprio da atividade explorada e o fisco não comprovou que as operações teria sido artificiais. Portanto, a assunção de riscos, por si só, não seria motivo suficiente para recusar a dedutibilidade das perdas na base de cálculo do IRPJ, de modo que o acórdão restou assim ementado:

DESPESAS OPERACIONAIS. Prejuízos suportados em operações financeiras no mercado de opções flexíveis de taxa de câmbio. Glosa imposta ao fundamento de que se trata de alto e injustificado risco. Improcedência.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. Aplica-se aqui o decidido em relação ao IRPJ, por se tratar de tributação reflexa, ante o nexa causa existente.

Recurso provido.

De fato, parece-nos que, nesses casos, não se pode deixar de levar em conta que as operações nos mercados financeiro e de capitais (sujeitas à fiscalização pelo BACEN e CVM) são, por natureza, arriscadas. Elas pressupõem a assunção de um risco que não seja desmedido, excessivo e sem qualquer proteção. Também é fato que, devido à necessidade de que tais decisões, nesses mercados, sejam tomadas rapidamente, às vezes em questão de minutos, compreende-se que pouco tempo sobra ao administrador para a reflexão, e, por isso mesmo, espera-se que empresas e instituições financeiras, no mínimo, possuam sistemas de avaliação e gestão de risco com parametrização adequada, de modo a processar, com rapidez e com o mínimo de segurança, a multiplicidade de informações e variáveis dos mercados em que atuam para subsidiar adequadamente o administrador em um processo de tomada de decisão extremamente veloz.

Tome-se como exemplo o caso objeto do Recurso nº 5845, já mencionado acima, no qual os administradores de instituição financeira foram responsabilizados por perdas

decorrentes de exposição excessiva a risco cambial (contratos de opção em dólar) sem que houvesse um sistema de gestão de riscos eficiente para evitar ou diminuir as perdas. Na realidade, pelo que se depreende do acórdão, o sistema da instituição estava parametrizado de forma a considerar um regime de câmbio fixo, que de fato era o que estava em vigor na época, porém, com fortes rumores do mercado e indicações técnicas de que esse regime não se sustentaria por muito tempo, o que efetivamente veio a se confirmar no início de 1999.

Por outro lado, o risco excessivo também pode ser um indício de má gestão da companhia, isso, contudo, não implica a indedutibilidade da perda respectiva, conforme já decidiu o antigo Conselho de Contribuintes nos acórdãos n^{os} 108-06.419 e 107-07035.¹²⁶

Finalmente, e ainda em relação ao risco excessivo, no acórdão n^o 101-95.637, o antigo Conselho de Contribuintes afastou a exigência do IRPJ e CSL sobre perdas no recebimento de créditos oriundo de contratos de empréstimo em dinheiro que, segundo a fiscalização, seriam de altíssimo risco, pois a mutuária “[...] há quatro anos já atrasava pagamentos de empréstimos tomados junto ao BNDES, de créditos de fornecedores e de obrigações tributárias [...]”. Neste caso, entendeu a 1^a Câmara que não se pode exigir do contribuinte que as receitas de empréstimo sejam efetivamente obtidas, uma vez que a atividade negocial envolve riscos e não caberia à autoridade fiscal avocar para si a qualidade de administrador da pessoa jurídica na avaliação dos riscos, conforme observa-se do seguinte excerto do referido acórdão:

¹²⁶ “[...]”

DESPESAS FINANCEIRAS - DEDUTIBILIDADE - As operações meramente escriturais provam-se pelos registros contábeis pertinentes e não pela apresentação de notas de negociação. Não pode o fisco determinar excesso de captação de recursos sem que prove o desvio de finalidade quanto à aplicação dos valores captados. A má gestão não se traduz em indedutibilidade.

ERRO DE TRANSCRIÇÃO - Provado o erro quanto a transcrição de valores na declaração de rendimentos, é de se afastar a tributação.

Recurso de ofício negado.” (Processo n^o 10.980.001193/99-51, julgado em 21/2/01, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior – Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 5/8/10)

“IRPJ. MÚTUO CONTRATADO. SÓCIOS MUTUANTES.

DISPONIBILIDADES. EXISTÊNCIAS. GRANDE CARGA DE LIQUIDEZ NO ENTE EMPRESARIAL. DESNECESSIDADE DA OPERAÇÃO. GLOSA DOS ENCARGOS. INSUBSISTÊNCIA. A indedutibilidade dos juros contraídos nega a necessidade dos recursos tomados junto aos sócios. Por decorrência, nega, semelhantemente, as receitas tributáveis ulteriores produzidas por esses mesmos empréstimos, salvo se os recursos permanecerem ociosos na empresa ou forem alocados em projetos inviáveis ou mal-sucedidos. A punição das ações perdulárias ou infrutíferas não há que ser desfechada, entretanto, pelo Fisco. O anátema há de vir das próprias forças de mercado - que repelem - naturalmente, se for o caso, a má gestão empresarial.

Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.” (Processo n^o 10.950.000831/2002-76, julgado em 18/3/03, Conselheiro Relator Neicyr de Almeida – Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 5/8/10)

Quanto à necessidade das despesas, observo que a mesma consiste na realização de atividades onerosas tendentes à obtenção de receitas, não se exigindo que as receitas venham efetivamente a ser auferidas, tendo em vista que a atividade comercial envolve riscos. Não há como negar, como afirma o sujeito passivo, que a perda decorrente da concessão de empréstimo por instituição financeira seja despesa desnecessária nesse sentido.

A usualidade pode ser verificada quando os atos praticados são corriqueiros no ramo de atividade do sujeito passivo, o que também se evidencia nos autos.

Quanto à normalidade, observo que:

- a) ou a operação seguiu os procedimentos normais de concessão de crédito, com a avaliação dos riscos potenciais e o crédito foi concedido por se considerar como potencialmente lucrativa a concessão;
- b) ou a concessão foi concedida com inobservância das cautelas que seriam normalmente esperáveis, tendo sido a operação realizada em condições mais favoráveis do que aquelas que seriam obtidas por outros clientes na mesma situação.

Observo que a segunda circunstância não está provada nos autos. Não há nenhuma evidência de que o negócio de mútuo tenha sido realizado em condições mais vantajosas do que aquelas que seriam realizadas com outros clientes de mesmo porte. Além disso, a realização de negócios jurídicos em condições mais vantajosas, no histórico da legislação tributária brasileira, não enseja, *per se* a glosa da despesa, mas sim a verificação de ter ocorrido, no caso, distribuição disfarçada de lucros, o que também não está provado nos autos.

Ademais, convém ressaltar que não cabe ao autuante, mediante presunção simples (*ad hominem*), avocar para si a qualidade de administrador da pessoa jurídica e ponderar se os riscos da operação teriam justificado, ou não, a concessão do empréstimo.

Assim, o risco excessivo, por si só, não nos parece indicativo de anormalidade na gestão. Mas uma decisão que implique alto risco, porém, sem que tenha sido *informada, refletida e fundamentada* (requisitos intrínsecos do dever de diligência) ou, ainda, sem ausência de medidas de proteção para evitar ou minimizar as perdas, será anormal e a dedutibilidade da perda ou prejuízo respectivo poderá ser recusada pelo fisco, desde que exista lei que fixe a anormalidade por risco excessivo como motivo para a indedutibilidade das perdas.

3 – O ATO ANORMAL DE GESTÃO E O PROBLEMA DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

No Capítulo III, já discorremos sobre a distinção entre *grupos de fato* e *grupos de direito*. Recapitulando os *grupos de fato* são caracterizados pelo controle de uma ou mais sociedades sobre outras através de participações societárias que lhe confirmam direito à maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral, o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e a utilização efetiva desse poder para dirigir as atividades sociais.¹²⁷ Nos *grupos de fato* prevalecem as figuras das pessoas jurídicas controladoras, controladas ou coligadas, todas com personalidades jurídicas distintas. Embora as empresas que compõem os *grupos de fato* estejam sujeitas ao poder de seus acionistas controladores, elas mantêm sua autonomia jurídica e são tratadas pela Lei nº 6.404/76 como se fossem independentes, prevalecendo o interesse individual de cada uma das empresas que compõem o grupo.

Já os *grupos de direito* possuem uma disciplina específica prevista nos artigos 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76. A característica principal dos *grupos de direito* é a combinação de recursos e esforços para perseguição de um interesse comum, e as relações entre as sociedades são reguladas pela convenção de grupo. Assim, a Lei nº 6.404/76 permite que o interesse do grupo ou de uma determinada sociedade se sobreponha ao das demais, rompendo com o paradigma dos *grupos de fato*, em que o interesse de cada uma das sociedades é considerado isoladamente.

Os *grupos de direito* são praticamente inexistentes no Brasil porque um dos principais atrativos para a sua formação era a tributação em conjunto das sociedades, prevista no artigo 30 do Decreto-lei nº 1.598/77, cujo inciso IV permitia a compensação de prejuízos fiscais de qualquer das sociedades em conjunto¹²⁸. Todavia, logo no ano seguinte o referido

¹²⁷ Artigo 116, “a” e “b” da Lei nº 6.404/76.

¹²⁸ Art. 30 - A base de cálculo do imposto das sociedades tributadas em conjunto (art. 2º) será determinada de acordo com as seguintes normas e a regulamentação expedida pelo Ministério da Fazenda:

I - o lucro real do conjunto será o lucro líquido do exercício apurado na consolidação dos resultados de todas as sociedades (art. 7º, § 5º), ajustado nos termos do disposto no artigo 6º;

II - não serão modificadas, pelo fato da consolidação, as deduções admitidas em cada sociedade, cujos limites sejam fixados na lei em função de elementos do seu patrimônio ou das suas operações;

III - o limite de dedução de contribuições e doações poderá ser calculado com base no lucro líquido do conjunto;

IV - na determinação do lucro real poderão ser compensados os prejuízos de qualquer das sociedades do conjunto, observado o prazo previsto no artigo 65.

Parágrafo único - O imposto incide à alíquota de 32% sobre o lucro real das sociedades tributadas em conjunto.

artigo 30 foi revogado pelo Decreto-lei nº 1.648/78, cuja justificativa, segundo Vargas (2009, p. 2.057), estava baseada na “[...] alegação de que os agentes tributários não estavam habilitados a fiscalizar as demonstrações financeiras consolidadas que serviriam de base à determinação do imposto.”

Assim, a legislação que disciplina a tributação dos negócios entre sociedades pertencentes a um mesmo grupo leva em conta não o interesse do grupo, mas da pessoa jurídica individualmente considerada, embora pertencente a um *grupo de fato*. Um exemplo bastante significativo diz respeito ao tratamento tributário das perdas no recebimento de créditos prevista no artigo 9º da Lei nº 9.430/96 e já comentada no Capítulo VII, item 2.2. Embora o artigo 9º da referida lei permita, de fato, que a pessoa jurídica reconheça créditos não pagos como perdas, desde que preenchidos certos pressupostos, seu § 6º simplesmente veda a dedução de perdas com pessoas vinculadas, pouco importando se a empresa credora tomou alguma medida para cobrar o crédito da devedora ou quaisquer outras razões que justifiquem o perdão da dívida¹²⁹

Essa vedação, ao que nos parece, está baseada em dois pressupostos: (i) é pouco provável que uma empresa credora acione judicialmente outra empresa do mesmo grupo para cobrar um crédito não pago, ainda que decorrente de suas atividades; (ii) em decorrência disso, e devido aos vínculos de proximidade entre as empresas, poderá ocorrer a transferência de renda de uma para outra mediante sucessivas prorrogações de prazo de vencimento da dívida ou simplesmente um abandono do crédito pela ausência de qualquer medida de cobrança. A anormalidade, então, é presumida pelos vínculos de proximidade entre as partes e baseada no paradigma do interesse individual de cada empresa pertencente ao *grupo de fato*.

A questão relativa à remissão ou perdão de dívida entre empresas do mesmo grupo é objeto de frequentes disputas entre o fisco e os contribuintes na França, sempre no contexto do ato anormal de gestão. Naquele País, assim como no Brasil, o modelo legal dos grupos societários seguiu o direito alemão, havendo também uma distinção entre grupos de fato e grupos de direito. Porém, ao contrário do que ocorreu no Brasil, onde houve a revogação do

¹²⁹ “§ 6º Não será admitida a dedução de perda no recebimento de créditos com pessoa jurídica que seja controladora, controlada, coligada ou interligada, bem como com pessoa física que seja acionista controlador, sócio, titular ou administrador da pessoa jurídica credora, ou parente até o terceiro grau dessas pessoas físicas.”

regime de tributação em conjunto das sociedades pelo Decreto-lei n° 1.648/78, a França manteve a possibilidade de os grupos de sociedades optarem por um regime de tributação integrado em razão da natureza do grupo (se *de fato* ou *de direito*), onde o que prevalece é o interesse do grupo e não de cada uma das pessoas jurídicas isoladamente consideradas.

Ainda assim, a jurisprudência dos tribunais franceses vem vacilando em relação ao conflito entre o interesse da empresa e o interesse do grupo, quando se trata de detectar um ato anormal de gestão, e a doutrina já trabalha com uma expressão que embute em seu significado uma certa flexibilização do conceito de anormalidade. Trata-se, como noticia Reille (2006) da *modulação da apreciação in abstracto da anormalidade*. Em que pese a obra da referida autora ter sido direcionada ao estudo da confusão patrimonial, a teoria do ato anormal de gestão e, conseqüentemente, do *interesse da empresa*, exerceu influência significativa em seu pensamento e, portanto, nas ideias por ela defendidas. Embora não tenha feito qualquer distinção entre o regime de tributação integrado, a autora afirma que o conceito de interesse deve ser ampliado com vistas às relações de parceria entre empresas do mesmo grupo:

É preciso levar em conta as circunstâncias que rodeiam a operação e as relações mantidas entre as pessoas envolvidas. O conceito de interesse supõe que o campo de visão se amplie às interações existentes entre a empresa e os participantes na confusão suspeita. Assim, o interesse de uma empresa incluída em um grupo não será o de uma instituição econômica *isolada*, nem o de uma empresa em estreita dependência de um parceiro único. Por causa disso, o que é anormal para um, não será necessariamente para outro. Por exemplo, quando uma holding renuncia a um crédito em benefício de sua filial pode não ser anormal se a filial está em dificuldade, pois '*não é sem causa* (no sentido da justificativa), *é causado por relações de parceria*'. Não se trata de substituir o critério do interesse da empresa pelo critério de um outro interesse que o transcenda - o do grupo, por exemplo, mas de admitir que o interesse da empresa ligada a outras instituições econômicas é influenciado por essa ligação. (2006, p. 140; tradução nossa.)

É essa influência determinante que seria o sinal para uma possível modulação dos efeitos da anormalidade. A autora referencia e apresenta um significativo número de precedentes e opiniões doutrinárias que afastam a anormalidade em certos casos, como por

exemplo: (i) o perdão de dívida entre empresas do mesmo grupo, se as medidas de execução forçada do devedor agravarem a sua situação patrimonial, de modo a resultar em prejuízo ao próprio credor a ponto de inviabilizar suas atividades; (ii) se essas mesmas medidas mancharem a credibilidade do credor (perda da credibilidade da marca, por exemplo); (iii) se a quitação de um passivo da controlada pela controladora implicar a tranquilidade de fornecedores e banqueiros e (iv) se a empresa controladora concede crédito à controlada na esperança de que a sua manutenção e seu desenvolvimento façam com que o seu investimento se valorize. (2006, p. 144)

Não obstante, verifica-se que o mais alto tribunal francês, ou seja, o Conselho de Estado, vem refutando a alegação de normalidade dos atos praticados em tais condições, inclusive quando se trata de grupos de empresas fiscalmente integrados, mediante a reforma das decisões proferidas pela Corte Administrativa de Paris.

De fato, o editorial do periódico “Synthese Fiscal” de dezembro de 2006¹³⁰ abordou a questão do interesse do grupo, referenciando alguns casos concretos em que a Corte Administrativa de Paris reconheceu o interesse do grupo em casos de perdas decorrentes de ajuda financeira concedida a empresa deficitária, assim como indenizações pagas a empregados de uma empresa por outra empresa do grupo. No entanto, vale salientar que em ambos os casos as empresas estavam sob o regime de tributação integrado.

O primeiro caso envolvia a sociedade SEEE, que estava à frente de um grupo integrado fiscalmente, o qual era composto por uma controlada direta e uma controlada indireta, chamada “Sedep”. Esta última pessoa jurídica adquiriu uma empresa, chamada de “Dopresse”, que apresentava patrimônio líquido negativo na data da aquisição. Como parte de sua estratégia de crescimento, o Grupo SEEE decidiu ajudar financeiramente a empresa adquirida mediante o aumento de seu capital social por outra empresa do grupo, controlada diretamente pela SEEE, chamada “Serip”, por razões de disponibilidade financeira. Todavia, quando do encerramento do exercício social, constatou-se que o aumento de capital não havia sido suficiente para reverter a situação patrimonial deficitária da “Dopresse”, de modo que se fez necessário efetuar uma provisão, na “Serip”, equivalente à 100% (cem por cento) de sua

¹³⁰ Obtido em www.infodoc.-experts.com/pdf/synt_acte_anormal.pdf, acesso em 16 de março de 2011.

participação societária, reduzindo, conseqüentemente, o seu lucro tributável pelo imposto sobre a renda.

As autoridades fiscais questionaram os efeitos fiscais dessa provisão afirmando que a “Serip” não tinha nenhum interesse em adquirir o controle de uma empresa deficitária e da qual ela não era acionista direta. A Corte Administrativa de Paris cancelou a exigência fiscal por entender que o interesse a ser considerado nesse caso seria o interesse do grupo e não de uma empresa isoladamente considerada, em razão do regime de tributação integrado.¹³¹

No outro caso, a empresa denominada “Sias France”, uma controlada da empresa chamada “MPA”, arcou com despesas de expatriação de empregados de outras duas controladas da “MPA”, localizadas nos Estados Unidos da América e no México. As autoridades fiscais questionaram os efeitos fiscais dessas despesas no lucro da “Sias France” alegando tratar-se de ato anormal de gestão, uma vez que não teria sido observado o interesse da empresa. Da mesma forma que no caso “Serip”, a Corte Administrativa de Paris cancelou a exigência por entender que o grupo fiscalmente integrado tinha interesse em favorecer a expatriação de funcionários franceses para transmitir conhecimento às controladas estrangeiras e assegurar o desenvolvimento de suas atividades, de modo que haveria uma contrapartida suficiente que interessava ao grupo como um todo.¹³²

No entanto, conforme a notícia divulgada no referido editorial, o Conselho de Estado reformou essas duas decisões, mantendo sua jurisprudência tradicional no sentido de considerar os interesses individuais de cada empresa. O Conselho de Estado entendeu que nos dois casos teria havido erro de direito, na medida em que o regime de integração fiscal adotado para os grupos societários não afastaria a aplicação das regras de apuração do direito comum aplicável a todas as sociedades (Código Geral dos Impostos da França, artigo 223 B).

¹³¹ No original: “*Le Tribunal administratif de Paris a prononcé la décharge des impositions contestées aux motifs que le groupe avait un intérêt, d’ailleurs non contesté, à acquérir la société Dopresse, l’intérêt de la prise de participation devant être apprécié au niveau du groupe, dès lors que la société tête de groupe était redevable de l’impôt sur les sociétés.*”

¹³² No original: “*La Cour administrative d’appel de Paris annule ce jugement, considérant que si la société Sias France ne justifie pas d’une gestion normale de ses intérêts propres, elle n’en est pas moins en état de faire valoir que le groupe fiscalement intégré auquel appartiennent la société Sias MPA et la société Sias France avait intérêt à favoriser l’expatriation de cadres français par transmettre un savoir faire a ses filiales étrangères et assurer ainsi le développement de ses activités. La société requérante établit ainsi que l’avantage accordé aux deux sociétés avait une contrepartie suffisante dans l’intérêt du groupe fiscalement intégré auquel elle appartient et était justifiée par une gestion normale des intérêts de ce dernier.*”

Assim, o que se observa na jurisprudência dos tribunais inferiores da França é uma tentativa de modificação do paradigma de prevalência do interesse individual da empresa sobre o coletivo do grupo mediante a modulação da apreciação da anormalidade, tentativa essa que vem sendo afastada pelo Conselho de Estado.

No Brasil, a ausência de jurisprudência e de um debate maior sobre o tema se explica pela revogação do regime de tributação em conjunto das sociedades pelo Decreto-lei nº 1.648/78, que de uma forma ou de outra influenciou toda a legislação tributária posterior. Esta, por sua vez, opera no pressuposto do interesse individual da pessoa jurídica, característico dos *grupos de fato*. Acrescente-se que, nesses grupos, outros interesses podem ser afetados em decorrência da prática de atos anormais de gestão, como por exemplo, o dos acionistas minoritários e fornecedores, que pautam suas decisões de investimento e parceria com base na situação patrimonial da empresa isoladamente considerada e não na convenção de grupo a que se refere o artigo 265 da Lei nº 6.404/76. Restaria, então, à dogmática jurídica e à jurisprudência, construir uma teoria ampla o suficiente para dar conta da multiplicidade de questões que o tema suscita, de modo a conciliar os interesses dos acionistas minoritários, fornecedores, fisco e credores de qualquer natureza.

Todavia, em relação aos *grupos de direito*, a revogação do regime de tributação em conjunto não nos parece ser razão suficiente para que, no âmbito tributário, se deixe de lado o interesse do grupo para fundamentar exigências fiscais com base na teoria do ato anormal de gestão, porque o fundamento que justifica esse interesse não está na lei tributária e sim na Lei nº 6.404/76.

CAPÍTULO VIII – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELA PRÁTICA DE ATOS ANORMAIS DE GESTÃO

Até agora procuramos definir alguns conceitos, situar a figura do ato anormal de gestão e descrever alguns de seus aspectos essenciais. Neste momento, parece-nos necessário trabalhar também com alguns problemas que o tema sugere à luz do sistema jurídico brasileiro, como por exemplo: é possível a exigência de tributo com base simplesmente em um ato anormal de gestão adotado pelo contribuinte? O artigo 135 do CTN já não cumpre essa finalidade? Em caso positivo, em qual extensão?

Por outro lado, é preciso também trazer a discussão para o campo da pragmática através de uma análise crítica da jurisprudência em torno das múltiplas faces com que o tema da anormalidade se apresenta, especialmente em relação à responsabilidade pelo pagamento de tributo não recolhido em decorrência de ato anormal de gestão.

1 – ATO ANORMAL DE GESTÃO E A RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 135, III DO CTN

Um dos aspectos mais controvertidos em relação ao tema diz respeito a *quem* deve ser responsabilizado pelo pagamento dos tributos devidos pela pessoa jurídica em decorrência de ato anormal de gestão praticado por seus administradores. O assunto vem disciplinado pelo artigo 135, inciso III do CTN, segundo o qual os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.¹³³

¹³³ “Artigo 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

A principal questão discutida diz respeito à extensão dessa responsabilidade, isto é, se ela é da pessoa jurídica, com direito de regresso contra os administradores, gerentes ou seus representantes, se ela é solidária ou, ainda, se ela é exclusiva das pessoas que praticaram os atos anormais, incluindo-se aí aqueles praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

No âmbito tributário, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade é exclusiva das pessoas físicas, e as razões para tanto podem ser assim sintetizadas, tomando-se como base a opinião de diversos autores:

- o artigo 135, III do CTN seria regra de responsabilidade tributária por substituição do sujeito passivo original, pois teria como causa a prática de atos dolosos (princípio da culpa subjetiva) realizados em desfavor da pessoa jurídica substituída (BALEEIRO, 1999, p. 755). Seria, assim, uma exceção ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica (Tavares, 2001, pp. 20/27).
- a responsabilidade é por substituição, mas o ato deve ser doloso, estranho aos objetivos da sociedade e alheios aos seus interesses. Se houve excesso, violação da lei ou estatuto, porém, o ato tiver visado o interesse da empresa, não cabe a substituição (Souza e FUNARO, 2007, pp. 38-64)
- O artigo 265 do Código Civil esclarece que a solidariedade não se presume, mas sim resulta da lei ou da vontade das partes, o que confirmaria tratar-se de responsabilidade exclusiva dos administradores (Marques, 2004, pp. 60-78).
- agir com excesso de poderes, contrariamente à lei, ao contrato social ou estatutos, seriam ilícitos próprios do administrador. A regra apresentaria caráter protetivo da sociedade e quando o administrador age contra a lei ou extravasa seus poderes, o ato deixa de ser da sociedade para ser próprio do administrador (Costa, 2005, pp. 82-91).

Já a corrente minoritária entende que a responsabilidade prevista no artigo 135, III do CTN não é exclusiva das pessoas físicas ali mencionadas, pelas seguintes razões:

A responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. (...) Pela mesma razão que se exige dispositivo legal expreso para a atribuição da responsabilidade a terceiro, também há de se exigir dispositivo legal expreso para excluir a responsabilidade do contribuinte (Machado, 2007, p. 189).

- As pessoas elencadas nos incisos do artigo 135 podem não ter condição de arcar integralmente com o débito tributário, muitas vezes objeto de autos de infração de valor elevadíssimo. Com isso, o Estado restaria definitivamente prejudicado (porque não poderia receber o pagamento do tributo devido) e haveria locupletamento ilícito da pessoa jurídica. Assim, a responsabilidade do artigo 135 seria solidária (Villela, 2001, pp. 118/119).

Também não há consenso na jurisprudência administrativa, principalmente pelo fato de que, muitas vezes, tanto a pessoa física, como a pessoa jurídica, são autuadas conjuntamente na qualidade de sujeitos passivos nos lançamentos efetuados pelas autoridades fiscais. Assim, já decidiu a antiga 7ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que:

O artigo 135 do CTN não exclui a empresa do pólo passivo da obrigação tributária e apenas se refere à responsabilidade pessoal pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Esta responsabilidade é atribuída às pessoas indicadas no artigo, de modo supletivo. O artigo mencionado não tem a força de alterar a definição de sujeito passivo, de que trata o artigo 121 do CTN. (Acórdão nº 107-08.786, Relatora Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, julgado em 18/10/06).

No mesmo sentido, foi o entendimento da 5ª Câmara, baseada na doutrina de Brito Machado para manter um auto de infração lavrado exclusivamente contra a pessoa jurídica e outro, lavrado contra a pessoa jurídica juntamente com a pessoa física do mandatário.¹³⁴ Já a 1ª Câmara manteve autuação lavrada exclusivamente contra pessoa física com base na responsabilidade do artigo 135 do CTN.¹³⁵

No Superior Tribunal de Justiça, encontra-se um grande número de execuções fiscais envolvendo a responsabilidade pessoal em virtude de extinção irregular da sociedade ou de simples falta de pagamento de tributo, o que naturalmente limitou a análise do âmbito da responsabilidade prevista no artigo 135, III do CTN praticamente a essas duas hipóteses, além das questões envolvendo o ônus da prova de que o administrador agiu com excesso de poderes, contra a lei, contrato social ou estatuto. Tanto assim que, no Recurso Especial julgado pela Primeira Seção já sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil (Recurso Especial nº 1.104.900 – ES), a ementa acabou se restringindo aos aspectos

¹³⁴ “(...)

RESPONSABILIDADE PESSOAL. CTN. ARTIGO 135, II. SOLIDARIEDADE DO CONTRIBUINTE – ‘Dizer que são pessoalmente responsáveis as pessoas que indica não quer dizer que a pessoa jurídica fica desobrigada. A presença do responsável, daquele a quem é atribuída a responsabilidade tributária nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional, não exclui a presença do contribuinte’ (Hugo de Brito Machado). (Acórdão 105-16.631, Relator Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, julgado em 12/9/07 – Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 5/8/10).

IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RECURSO VOLUNTÁRIO – INTEMPESTIVIDADE – NULIDADE DO PROCEDIMENTO – DENÚNCIA ESPONTÂNEA – CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS – SUJEIÇÃO PASSIVA – RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS – ARBITRAMENTO DOS LUCROS. HIPÓTESES – MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. Não se conhece de recurso voluntário interposto após o prazo legal de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão de primeira instância, previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972. A responsabilidade pelos créditos tributários correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com infração da lei, é pessoal do mandatário que atuou em nome da pessoa jurídica com plenos poderes, no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores. (...)” (Acórdão nº 105-14.564 – Recurso nº 137.693, julgado em 8/7/04 – Relator Conselheiro Luiz Gonzaga Medeiros Nóbrega – Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 5/8/10)

¹³⁵ “RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. Provada tanto a atribuição formal do poder de gerência, pela procuração outorgada, como, pelos vários indícios convergentes, a efetividade da gerência, tendo o Recorrente, agido com infração à lei, configura-se a responsabilidade pessoal prevista no artigo 135 do CTN. De acordo com a jurisprudência deste Conselho, eventuais imprecisões ou omissões na indicação da capitulação legal não invalida o auto de infração, desde que a descrição dos fatos não deixe dúvida.” (Acórdão nº 101-94.820 – Recurso nº 137.254, julgado em 27/1/05 – Relatora Conselheira Sandra Faroni – Obtido em www.carf.fazenda.gov.br, acesso em 5/8/10)

processuais do problema, não indo mais a fundo nas questões de direito material subjacentes ao artigo 135, III do CTN.¹³⁶

Situado o tema do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência, passamos, agora, a endereçar o assunto sob o nosso ponto de vista e, para tanto, nos parece indispensável uma interpretação histórica e sistemática da legislação societária a respeito da responsabilidade dos administradores, pois, somente assim, é possível chegar a uma resposta segura e ampla o suficiente para dar conta da multiplicidade de questões e perplexidades que o tema suscita. A título de exemplo, basta lembrar que a doutrina predominante entende que a responsabilidade do artigo 135, III do CTN é exclusiva das pessoas por ele elencadas, a legislação que disciplina a DDL (espécie de ato anormal de gestão, como visto) determina, contudo, que as diferenças de IRPJ não recolhidas sejam tributadas na pessoa jurídica.

O mesmo pode-se dizer em relação à indedutibilidade de despesas oriundas de atos de liberalidade praticados pelos administradores. De fato, o artigo 154, § 2º, “a” da Lei nº 6.404/76 proíbe os administradores de praticarem atos de liberalidade à custa da companhia e, dependendo do tipo de liberalidade identificada, a conduta poderá restar configurada como uma *violação da lei* (violação ao próprio artigo 154, § 2º, “a” da Lei nº 6.404/76) e, portanto, qualificada no artigo 135, III do CTN. No entanto, a legislação tributária, mais especificamente o artigo 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64, prescreve exatamente o contrário. As despesas anormais e desnecessárias em decorrência de liberalidade dos administradores são indedutíveis da base de cálculo do IRPJ devido pela pessoa jurídica.

¹³⁶ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ARTIGO 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos *"com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos"*.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.” (Recurso Especial nº 1.104.900 – Relatora Ministra Denise Arruda – D.J 1/4/09 – Obtido em www.stj.gov.br, acesso em 5/8/10)

Como justificar então a responsabilidade exclusiva dos administradores se o próprio ordenamento estabelece a responsabilidade tributária da pessoa jurídica em decorrência de atos anormais de gestão? Dizer que essas hipóteses seriam exceções não resolve o problema e, além disso, a opção da exceção como justificativa nos parece muito superficial.

Becho, com toda a razão, afirma que as condutas previstas no artigo 135, III do CTN são típicas do direito comercial e societário e mais, que para gerar a responsabilidade, necessitam de sentença cível transitada em julgado. O autor cita alguns exemplos que auxiliam na correta compreensão do problema:

O artigo 135 cuida de ocorrências relativas a *atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*, que exigem, conforme interpretamos, *sentença cível transitada em julgado*, que declare o descumprimento de legislação societária, de maneira geral. Vejamos o sentido dos termos que estão na norma.

Excesso de poderes para quem age além do que lhe seria dado fazer. Exemplo: um representante comercial que contrata a venda de um produto em quantidade além de sua quota.

Infração de contrato social (sociedade por quotas de responsabilidade limitada) ou estatuto (sociedade anônima): quando um executivo extrapola a competência de seu cargo. Por exemplo: diretor de marketing que contra dívida em nome da sociedade, considerando que essa atribuição seria do diretor financeiro.

E infração de lei? É qualquer conduta contrária a qualquer norma? Queremos crer que não. É infração à legislação societária, na mesma linha dos outros elementos do artigo. Um caso sempre lembrado de infração da lei é o da dissolução irregular da sociedade, ou o funcionamento de sociedade de fato (não registrada nos órgãos competentes) (2000, pp. 180/181)

Tendo em vista que as condutas previstas no artigo 135, III do CTN são típicas do direito societário, parece-nos necessário, então, investigar um pouco mais a fundo a evolução legislativa e doutrinária a respeito do tema para, em seguida, partir para uma tomada de posição em relação ao âmbito de abrangência da responsabilidade tributária dos administradores prevista no referido dispositivo legal.

1.1 – Histórico da legislação societária a respeito da responsabilidade dos administradores e o entendimento da doutrina e jurisprudência de direito privado.

Já em 1919, ao regular a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o artigo 10 do Decreto n° 3.708 responsabilizava ilimitadamente os sócios-gerentes por atos praticados com: (i) *excesso de mandato*; (ii) *violação do contrato ou da lei*.¹³⁷

Em relação às sociedades por ações, o artigo 121, § 1° do DL n° 2.627/40, previa que os diretores da sociedade não eram responsáveis pelas obrigações que contraíssem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, respondendo, contudo, civilmente, pelos prejuízos que causassem quando procedessem: (I) *dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo* ou (II) *com violação da lei ou dos estatutos*.¹³⁸ Essa redação permaneceu praticamente inalterada pelo artigo 158 da Lei n° 6.404/76, transcrito anteriormente, o qual apenas substituiu a expressão “os diretores” pela “o administrador”.

A definição dessa responsabilidade no âmbito dos direitos comercial e societário é tarefa árdua em razão da multiplicidade de normas componentes do sistema, da infinidade de situações hipotéticas que ela abrange, além da existência de conceitos que se entrelaçam e gravitam em torno do tema. De qualquer forma, o que se observa é que a doutrina tradicional já endereçava o problema a partir da identificação da natureza da relação jurídica que as sociedades anônimas mantêm com seus administradores e, nesse sentido, diversas foram as teorias que procuraram explicar essa relação, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes: 1) teoria contratualista ou do mandato; 2) teoria institucionalista e 3) teoria organicista.¹³⁹

¹³⁷ “Artigo 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.”

¹³⁸ Artigo 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§ 1° Respondem, porem, civilmente, pelos prejuizos que causarem, quando procederem:

I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II, com violação da lei ou dos estatutos.

¹³⁹ Fala-se ainda nas teorias da comissão, representação, *factor*, relação de serviços, agência, *trust* e relação fiduciária. Para um detalhamento de cada uma delas, vide Ventura Ribeiro, 2006, p. 178-186.

De acordo com a teoria contratualista, o administrador seria mandatário da sociedade, na medida em que, sendo ele eleito e destituído pelos acionistas, estes lhe outorgavam certos poderes de gestão e representação, agindo por sua conta e ordem. Entretanto, a teoria do mandato restou superada por ser incompatível com determinados aspectos da relação entre os administradores e a sociedade, tendo sido amplamente refutada já à época do DL n° 2.627/40 por comercialistas de peso, como Carvalho de Mendonça (2001, vol. II, tomo III, p. 52)¹⁴⁰ e Modesto Carvalhosa (2003, p. 21).¹⁴¹

A teoria institucionalista, também chamada de orgânica clássica, parte do pressuposto de que a companhia é um agrupamento de pessoas reunidas com o objetivo comum de realizar o objeto social por meio de uma organização permanente e, nesta visão, a administração faria parte da própria estrutura da pessoa jurídica (Carvalhosa, 2003, p. 21). No entanto, de acordo com os defensores dessa teoria, não haveria relação jurídica entre as pessoas físicas componentes dos órgãos da administração (conselho de administração e diretoria) e a sociedade. Essa seria justamente a sua maior vulnerabilidade (Adamek, 2009, p. 38).

E daí a evolução para a hoje largamente aceita “teoria organicista” ou da “representação orgânica” para explicar o vínculo entre o administrador e a sociedade anônima¹⁴². Na raiz desta concepção estaria a evolução do conceito de empresa e um aperfeiçoamento da própria teoria institucionalista.¹⁴³ Ao lado disso, a teoria organicista teria buscado subsídios no direito público, o que permitiu distinguir os órgãos societários (conselho

¹⁴⁰ “Não obstante os textos legais falarem do mandato dos administradores, estes não são mandatários por força da convenção ou da lei; não exercem simples mandato. Os administradores agem, na qualidade de órgãos da manifestação externa da sociedade; personificam esta. Eles, ao mesmo tempo que põem a sociedade em contato com os terceiros, tutelam os interesses da mesma sociedade, dos acionistas e de terceiros; fiscalizam a observância da lei e dos estatutos; obram, como se vê, *motu próprio*. Ora, não se daria isso se fossem simples mandatários.”

¹⁴¹ “São inúmeras as críticas feitas, na doutrina, à teoria contratualista. A principal é a que insiste no ponto de vista de que não se pode falar em mandato, em se tratando de uma função sem a qual a própria sociedade não poderia existir. Não se pode, pois, falar em mandato quando há imperatividade da existência de administradores. Outra observação crítica é que, não tendo a assembléia geral os poderes de gestão e de representação, próprios dos administradores, não se pode falar em mandato, na medida em que não pode haver mandatários com mais poderes que o mandante. Ademais, o mandato exige dois sujeitos, o que tecnicamente não se verifica na pessoa jurídica.”

¹⁴² Waldecy Lucena (2009, p. 272) entende que a teoria institucionalista aproxima-se da teoria organicista, quando afirma: “Com exceção da negativa quanto à existência de relações jurídicas entre a sociedade e seus administradores, parece-nos que, em sua formulação, a teoria institucionalista aproxima-se, no particular, da teoria organicista.”

¹⁴³ Segundo Barros Leães (1977, p. 49): “O desenvolvimento da noção de empresa, enfatizando o perfil institucional das sociedades mercantis contribuiu eficazmente para o repúdio da solução contratualista e a adoção da teoria orgânica.”

de administração e diretoria) dos seus agentes, pessoas físicas (conselheiros e diretores) (Cavallhosa, 2003, p. 22).

Assim, conforme destaca Parente (2005, p. 26):

[...] no âmbito do direito societário, o conselho de administração e a diretoria são órgãos da companhia, cujas atribuições estão previstas na Lei das Sociedades Anônimas. Tal como ocorre no direito público quando se analisa o vínculo existente entre órgão e Estado; o conselho de administração e a diretoria não têm com a sociedade qualquer relação jurídica, uma vez que constituem partes ou aparelhos da própria companhia. Os conselheiros e diretores, por outro lado, são os titulares desses órgãos e estes sim *'têm relação jurídica com a companhia, em termos de nomeação, destituição, deveres e responsabilidades.'* Dessa forma, a sociedade anônima expressa a sua vontade por intermédio de seus órgãos, na pessoa de seus titulares, motivo pelo qual as manifestações de vontade de conselheiros e diretores são consideradas da própria companhia.

A adoção desta concepção organicista provocou reflexos no tema relacionado à responsabilidade dos administradores que, por serem considerados representantes de *órgãos* da pessoa jurídica, vinculariam a terceiros em decorrência dos atos por eles praticados dentro de seus poderes e atribuições, ainda que tivessem agido com culpa. Daí a razão pela qual Barros Leães afirmou que, mesmo no caso das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, “[...] quando a sociedade age por intermédio dos seus administradores, é ela mesma quem pratica o ato jurídico – os gerentes, frente a terceiros, são a própria sociedade” (1977, p. 49).

Mesmo na visão organicista, de acordo com a qual os administradores e gerentes, nos dizeres de Barros Leães, *são a própria sociedade*, os problemas relacionados a *quem* responsabilizar permaneceram, principalmente em razão da distinção já enraizada entre duas espécies de responsabilidade: aquela que decorre de *culpa* do administrador (responsabilidade subjetiva) e aquela que se baseia exclusivamente na ideia de *risco* (responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, na qual a culpa é abstraída). Para Barros Leães (1977, p. 50), tanto sob a égide do DL n° 2.627/40, como da Lei n° 6.404/76, o que definiria basicamente a

responsabilização dos administradores ou da companhia seria o âmbito das atribuições e poderes dos primeiros, de modo que a regra, segundo o referido autor, seria a seguinte:

1. atos regulares de gestão – dentro das atribuições dos administradores: obrigam a sociedade;
2. atos ilícitos do órgão diretor – dentro das atribuições dos administradores: obrigam a sociedade, que tem ação regressiva contra os diretores;
3. atos com violação da lei e dos estatutos – fora da esfera de suas atribuições e poderes: responsabilidade dos administradores.

Não obstante essa classificação, o próprio autor já mencionava que, mesmo no caso dos atos praticados pelos administradores fora da esfera de suas atribuições e poderes especificados no contrato ou estatuto social (atos *ultra vires*), a oponibilidade a terceiros das restrições estatutárias vinha se enfraquecendo em decorrência da necessidade de proteção aos terceiros de boa-fé, bem como pela aplicação, pelos tribunais, da teoria da aparência jurídica, oriunda do direito cambiário (1977, p. 51). No mesmo sentido, é o entendimento de Modesto Carvalhosa (2003, vol. I, p. 17) ao comentar o artigo 2º da Lei nº 6.404/76:

Assim, quando a sociedade pratica atos ou exerce atividades não previstas no seu objeto social, em decorrência da conduta *ultra vires* de seus administradores e controladores, será ela responsável perante aqueles de boa-fé que sofreram os respectivos danos, sejam os próprios acionistas, sejam os credores ou os concorrentes ou mesmo terceiros indiretamente prejudicados.

Esse aspecto também foi identificado por Bulgarelli ao comentar a jurisprudência que se orientou no sentido de que a companhia também responde perante terceiros: 1) quando houver tirado proveito do ato praticado por seus administradores, ainda que com excesso; 2) quando houver ratificado o ato; 3) quando o ato atingir terceiro de boa-fé. E o autor não deixou, ainda, de fazer uma interessante provocação a respeito da não responsabilização da pessoa jurídica à luz da teoria organicista:

Mas, se e quando não responde diretamente a companhia, tem-se situação, no mínimo, curiosa: o corpo não responde pela atuação exacerbada do órgão, o que quebra a tão louvada unidade orgânica e já que esta terminologia foi recolhida nas ciências naturais, incidindo sempre sobre corpos humanos, lembra a história do menino que para se safar do castigo por ter dito certa má palavra alegava que não fora ele que a dissera, mas, a sua boca. (Bulgarelli, 1983, p. 99)

Eizirik (1984, p. 55) entende que a companhia será responsável pelos atos praticados por seus administradores com violação da lei ou do estatuto, somente se afastando tal responsabilidade quando os terceiros prejudicados tivessem conhecimento do estatuto e das limitações dos poderes dos administradores ou, ainda, que devessem ter em razão de sua profissão ou atividade.¹⁴⁴ Somente nesses casos, portanto, a responsabilidade perante terceiros seria pessoal e exclusiva dos administradores.

Todos esses aspectos, juntamente com a visão organicista da sociedade por ações, acabaram influenciado a jurisprudência e o primeiro precedente a respeito do tema foi o caso “Mannesmann”, julgado pelo Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara. Em resumo, um dos administradores da companhia passou a emitir títulos em nome da sociedade, porém, sem poderes para tanto. Como a sociedade não reconheceu essa obrigação contra os credores quando do vencimento dos títulos, ela acabou sendo acionada juntamente com o seu administrador, tendo o Tribunal de Justiça da Guanabara entendido que a sociedade responde solidariamente com os administradores perante terceiros por atos por eles praticados com

¹⁴⁴ “Tratando-se de ato do administrador com violação da lei ou do estatuto, há alguma discussão sobre a responsabilidade da companhia. Exemplo típico é aquele em que o administrador pratica determinado ato sem estar para tal autorizado pelo estatuto. Em princípio, poder-se-ia dizer que aos terceiros não caberia alegar a ignorância de tal fato, dado o regime de publicidade das sociedades anônimas, fundamentado no arquivamento de seus atos constitutivos e alterações no Registro do Comércio. Por outro lado, o direito tende a proteger o terceiro de boa-fé, notadamente diante das situações aparentes. Visando resolver o dilema entre a responsabilidade absoluta da companhia pelos atos *ultra vires* de seus administradores e a sua irresponsabilidade, pode ser adotada a sugestão de Barros Leães, para quem, dada a circunstância de que a verificação dos poderes do administrador é somente oponível a terceiros que dela tenham conhecimento, ou que devessem ter em razão da sua profissão ou atividade. Assim, a companhia, em princípio, é responsável pelos atos *ultra vires* praticados por seus administradores. Exime-se de tal responsabilidade, porém, se provar que o terceiro contratante tinha conhecimento do estatuto ou que, face à sua atividade profissional, jamais teria assinado contrato semelhante sem o prévio exame do estatuto.”

culpa ou contrariamente ao estatuto social.¹⁴⁵

O acórdão foi comentado por Barros Leães (1971, p. 74), que, na mesma linha de Bulgarelli, afirmou:

Os administradores não podem praticar operações senão as declaradas e compreendidas na lei e nos estatutos. Se excedem os poderes legais e estatutários, não obrigam a sociedade para com terceiros, excetuados os casos em que a sociedade: a) ratifica-os *a posteriori*; b) deles se aproveita em sua manifesta utilidade; c) ou assume a responsabilidade em virtude da proteção devida aos legítimos interesses de terceiros de boa-fé. Cumpre, no entanto, advertir que a proteção à boa-fé de terceiros não pode ser invocada para justificar a transferência de responsabilidade como *regra geral*, visto que, caso isso acontecesse, o patrimônio da sociedade ficaria à mercê de administradores inescrupulosos. Mas pode - e deve - ser invocada em situações específicas, como a objeto do presente comentário.

A jurisprudência que se seguiu caminhou no mesmo sentido. No Agravo de Petição nº 200.325, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a responsabilidade da pessoa jurídica por aval prestado por diretor com violação do contrato social justificando que, além do princípio da boa-fé, seria “[...] contrário à normalidade dos negócios, nos dias que correm, que se exija de quem entra em transação com firma comercial que procure examinar previamente os atos de registro da empresa, a fim de ficar sabendo de eventuais restrições consignadas nos contratos ou estatutos em relação aos sócios-gerentes.”¹⁴⁶ O mesmo ocorreu na Apelação Cível nº 212.609, também julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴⁷ e finalmente, o Supremo Tribunal Federal também acolheu a tese de

¹⁴⁵ “SOCIEDADE POR AÇÕES – Atos praticados por seus diretores, em razão de administração – Responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos sociais. É a sociedade por ações obrigada pelos atos praticados pelos seus diretores. Êstes estarão solidariamente obrigados com aquela, outrossim, se os prejuízos causados resultarem de prática sua, mas levada a efeito por culpa e com violação dos estatutos sociais.” (Apelação Cível nº 60.112, julgada em 13/9/68). Revista dos Tribunais, vol. 409, p. 417.

¹⁴⁶ “SOCIEDADE COMERCIAL - Aval prestado por diretor – Violação de contrato – Eficácia, não obstante, em relação a terceiro de boa-fé. O aceite ou aval lançado por um único diretor obriga a sociedade perante terceiro de boa-fé, embora tenha ocorrido violação do contrato social.” Revista dos Tribunais 438/119 – Abril de 1972.

¹⁴⁷ “SOCIEDADE COMERCIAL – Responsabilidade limitada – obrigação assumida por um sócio apenas - Violação de contrato – Irrelevância perante terceiros – Ação de cobrança procedente.” Revista dos Tribunais 452/69 – Junho de 1973

responsabilização da pessoa jurídica em decorrência de ato contrário ao estatuto social praticado por seus administradores em relação a terceiros de boa-fé.¹⁴⁸

O entendimento foi mantido em diversos acórdãos posteriores, proferidos pelos Tribunais de Alçada Civil dos Estados de São Paulo e Minas Gerais¹⁴⁹ e, mais recentemente, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵⁰ e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁵¹

Fixadas as linhas gerais do tema à luz da doutrina e jurisprudência relacionadas aos direitos comercial e societário, passamos agora à análise da questão do ponto de vista da legislação tributária, mais especificamente do artigo 135, III do CTN.

¹⁴⁸ “CAMBIAL – Nota promissória – Aval prestado por um só diretor de sociedade anônima, em nome desta, contrariando os estatutos - Validade em relação a terceiro de boa-fé, ressalvada a ação regressiva da sociedade contra o diretor – Precedentes do STF – Recurso extraordinário conhecido mas não provido. Título avalizado por sociedade anônima com assinatura de apenas um diretor, contrariando os estatutos, tem validade e eficácia cambial com relação a terceiro de boa-fé.” - Revista dos Tribunais 460/216 – fevereiro de 1974.

¹⁴⁹ “SOCIEDADE COMERCIAL. AVAL PRESTADO PELO SÓCIO. PROIBIÇÃO EM CLÁUSULA CONTRATUAL. TERCEIRO DE BOA-FÉ. VALIDADE. O aval prestado pelo sócio em nome de pessoa jurídica não o desobriga de responder perante terceiros de boa-fé, não obstante esteja consignada em cláusula contratual a proibição de utilizar-se de sua razão social para negócios estranhos à sociedade, cabendo-lhe, entretanto, o direito de regresso contra aquele” – Tribunal de Alçada de Minas Gerais - Revista dos Tribunais 688/158 – fevereiro de 1993.

“SOCIEDADE COMERCIAL – REPRESENTAÇÃO – SOCIEDADE ANÔNIMA – Obtenção de empréstimo de grande vulto sem prévia consulta ao Conselho de Administração – Inobservância do estatuto social – Reiteração de prática de operações nessas condições pelo diretor-superintendente comprovada pericialmente. Omissão do Conselho caracterizada – Impossibilidade de presunção de má-fé do banco embargado – Prevalhecimento das teorias organicista e da aparência – Declaratória de inexigibilidade de obrigação improcedente. Embargos infringentes rejeitados.” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Embargos Infringentes nº 646.796-9/02 – Relator Juiz Hélio Lobo Júnior, julgado em 18/8/98 – Obtido de www.tj.sp.gov.br, acesso em 5/8/10)

¹⁵⁰ “ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO – ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA – AUSÊNCIA DA ANUÊNCIA DE TODOS OS SÓCIOS – INOCORRÊNCIA. Não pode ser anulada a alienação de imóvel realizada pelo administrador de sociedade limitada nos termos da lei civil, ainda mais em razão da boa-fé do terceiro adquirente” (Apelação com revisão nº 162.915.4/3-00 – 5ª Câmara de Direito Privado - Relator Desembargador Carlos Alberto Giarusso Lopes Santos, julgado em 13/2/08 - Obtido em www.tj.sp.gov.br, acesso em 5/8/10)

¹⁵¹ “(...) - O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. - Verificada a boa-fé do terceiro, restará à pessoa jurídica exigir a reparação pelos danos sofridos em ação regressiva a ser proposta contra o administrador que agiu em excesso de mandato.” (Recurso Especial nº 448471 / MG – 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi – D.J. 14/4/03, pág. 221 – Obtido em www.stj.gov.br, acesso em 5/8/10). “(...) IV - A proibição de prestar aval, estabelecida em contrato social ou estatuto da sociedade, é válida somente entre sócios e obrigados, não sendo oponível a terceiros de boa-fé. (Recurso Especial 7002/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira – D.J. 17/5/93, pág. 9.338 – Obtido em www.stj.gov.br, acesso em 5/8/10).”

1.2 – A redação do artigo 135, III do CTN e seu paralelismo em relação à legislação societária.

Investigada a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, relacionada à responsabilização dos administradores de pessoas jurídicas no âmbito do direito privado, cabe agora verificar a extensão dessa responsabilidade no âmbito tributário em decorrência da prática de atos anormais de gestão. O primeiro aspecto que nos chama a atenção é a própria redação do artigo 135, III do CTN. De fato, a redação do referido artigo não foi criada à toa e o seu paralelismo com a legislação comercial e societária em vigor antes e após o advento do CTN, em 1966, é inegável.

Já vimos que o artigo 10 do Decreto n° 3.708/19 responsabilizava ilimitadamente os sócios-gerentes por atos praticados com i) *excesso de mandato*, ii) *violação do contrato ou da lei*.¹⁵² E, no âmbito das sociedades por ações, o artigo 121, § 1° do DL n° 2.627/40, previa que os diretores da sociedade não eram responsáveis pelas obrigações que contraíssem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, respondendo, porém, civilmente, pelos prejuízos que causassem quando procedessem: I) *dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo*; ou II) *com violação da lei ou dos estatutos*.¹⁵³

O artigo 135, III do CTN, por sua vez, acabou reunindo elementos desses dois diplomas legais: colheu o termo *excesso* previsto no artigo 10 do Decreto n° 3.708/19, suprimindo a palavra *mandato*, ligando-o à palavra *poderes* prevista no artigo 121, § 1°, inciso I do DL n° 2.627/40, daí a responsabilidade tributária por *excesso de poderes*. A supressão da palavra *mandato*, nos parece, deve-se ao fato de que, à época, a teoria *contratualista* ou do *mandato*, que procurava explicar a relação entre os administradores e a pessoa jurídica, já havia sido superada pela teoria *organicista*, conforme já demonstrado.

¹⁵² “Artigo 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.”

¹⁵³ Artigo 121. Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

§ 1° Respondem, porem, civilmente, pelos prejuizos que causarem, quando procederem:

I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II, com violação da lei ou dos estatutos.”

O mesmo ocorre com a expressão *infração de lei, contrato social ou estatutos*: o *contrato social* refere-se às sociedades por quotas de responsabilidade limitada (artigo 10 do Decreto n° 3.708/19), o *estatuto* às sociedades por ações (artigo 121, § 1º, II do DL n° 2.627/40) e a *infração de lei* a ambos os diplomas. O artigo 135, III do CTN só não acolheu a *culpa* e o *dolo* previstos no artigo 121, § 1º, I do DL n° 2.627/40, porque esses dois elementos foram utilizados nos artigos seguintes (artigos 136 e 137), em outra seção do código, para definir a responsabilidade por infrações.

Assim, parece-nos que uma tentativa de interpretação do artigo 135, III do CTN não pode deixar de considerar a redação dos diplomas legais nos quais ele foi inspirado e, por consequência, toda a construção doutrinária e jurisprudencial em torno da responsabilidade pessoal dos administradores oriunda do direito privado, feita muito antes do advento do CTN. Entretanto, mesmo com todo esse arcabouço doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, não nos parece que seja possível uma tomada de posição *a priori*, isto é, que parta apenas da redação do artigo 135, III do CTN, para definir se a responsabilidade ali prevista é solidária ou exclusiva. É o que demonstraremos a seguir.

1.3 – Insuficiência de critérios para determinação, a priori, da extensão da responsabilidade prevista no artigo 135, III do CTN.

O fato de o artigo 135, III do CTN ter empregado os mesmos termos e expressões utilizados pela legislação societária anterior e posterior ao seu advento para definir o âmbito de responsabilidade dos administradores, assim como toda a construção doutrinária e jurisprudencial em torno do tema poderia, em um primeiro momento, induzir à conclusão de que a responsabilidade ali prevista seria *solidária* e não exclusiva.

De fato, já vimos que, em decorrência da teoria organicista aceita e reconhecida há muito tempo pela doutrina de direito societário, o administrador, quando se relaciona com terceiros, mesmo agindo com excesso de poderes, infração da lei, ou estatutos, não age como representante da pessoa jurídica, mas como elemento integrante de um órgão seu (a diretoria),

ou seja, é a própria pessoa jurídica praticando um ato, através, nos dizeres de Pontes de Miranda (2007, Tomo L, p. 546), de seu *presentante*.¹⁵⁴

Vimos também que essa mesma doutrina e também a jurisprudência de direito privado entendem que a pessoa jurídica é responsável solidariamente com os seus administradores pela prática, por esses últimos, de atos contrários à lei ou com excesso de poderes, nos seguintes casos: 1) quando a pessoa jurídica houver tirado proveito do ato; 2) quando a pessoa jurídica, através de algum de seus órgãos de direção e administração, houver ratificado o ato; 3) quando o ato atingir terceiro de boa fé.

Esses atos, muitas vezes, geram repercussões fiscais que podem ser proveitosas para a pessoa jurídica do ponto de vista tributário, como por exemplo: contratos de empréstimo bancário, cujos juros são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ a título de despesas financeiras; contratação de serviços; cujos montantes a serem pagos podem também ser dedutíveis dessas mesmas bases de cálculo como despesas operacionais (artigo 47 da Lei nº 4.506/64), etc.

O Fisco, por sua vez, nunca é comunicado espontaneamente a respeito de cada um desses atos praticados pela companhia e só toma conhecimento deles quando inicia procedimento de fiscalização da pessoa jurídica. Neste ponto, vale lembrar que um dos elementos levados em consideração pela doutrina e jurisprudência para estabelecer a responsabilidade solidária da pessoa jurídica é que o terceiro de boa-fé não tem a obrigação de verificar o contrato social ou estatuto para se certificar se o administrador tem poderes para praticar o ato. Se o terceiro de boa-fé não tem que cumprir essa obrigação como condição para acionar diretamente a pessoa jurídica, com muito mais razão o Fisco não teria tal obrigação, na medida em que não participa diretamente dessa relação de direito privado, mas sofre os seus efeitos em decorrência da incidência da norma tributária sobre aquele ato ou negócio praticado. Portanto, o Fisco ocupa uma posição até mais desfavorável que o terceiro de boa-fé, pois este tem ciência do ato (pois participou dele) e pode tomar a decisão de, antes de praticá-lo, verificar os poderes do administrador no contrato social ou estatuto.

¹⁵⁴ “Nas relações com terceiros, como órgãos da sociedade por ações, a diretoria, ou algum, ou alguns dos diretores exercem, como órgão, *funções externas*. Nas funções externas, não se pode dizer que a Diretoria seja representante legal, ou tenha a posição de representante legal. Não é representante; como órgão, nas relações internas, administra, dirige, gere; nas relações externas, apresenta.”

Finalmente, é fato também que, mesmo agindo com excesso de poderes, infração da lei, contrato social ou estatuto, o ato poderá ter sido, ao final, praticado no *interesse da pessoa jurídica* conforme já mencionado,¹⁵⁵ hipótese em que o administrador não poderá ser responsabilizado pelos créditos tributários por não se tratar de ato anormal de gestão.

Além disso, uma série de outros aspectos poderia induzir a uma conclusão apriorística no sentido de que a responsabilidade do artigo 135, III seria solidária. Um deles seria a refutação de um dos fundamentos da tese exclusivista, que se baseia na expressão “São pessoalmente responsáveis (...)”. Ser pessoalmente responsável não significa ser *exclusivamente* responsável e a interpretação conjugada do artigo 134 e incisos com o artigo 135, I do CTN confirma esse entendimento.

De fato, o artigo 134 estabelece que, no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, os terceiros indicados em seus incisos serão responsáveis solidariamente pelos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis.¹⁵⁶ Não há dúvida de que um ato ou uma omissão podem configurar uma infração à lei, assim como os administradores de bens de terceiros – inciso III do artigo 134 - ou os tutores e curadores – inciso III – podem praticar atos com excesso de poderes. Ocorre que o artigo 135, I do CTN faz referência a essas mesmas pessoas ao tratar da responsabilidade pessoal, que a doutrina majoritária, como vimos, entende ser *exclusiva* das pessoas ali mencionadas. Assim, basta imaginar um administrador de bens de terceiros que, agindo com excesso de poderes, tenha deixado de recolher tributo devido pelo proprietário dos bens que ele administra. Como fica a questão da responsabilidade? Aplica-se a responsabilidade solidária do artigo 134, III (pois trata-se de um ato em que o administrador de bens interveio) ou a suposta responsabilidade exclusiva por excesso de poderes prevista no artigo 135, I?

¹⁵⁵ Lembremo-nos dos exemplos de atos que são liberalidade apenas na aparência, mencionados por Bastos de Menezes (1973, p. 58).

¹⁵⁶ “Artigo 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.”

Por outro lado, outras questões também poderiam corroborar a teoria exclusivista, a saber: 1) o ato pode não ter sido praticado no interesse da pessoa jurídica e ela também pode não ter extraído nenhum benefício dele. Um exemplo seria o caso da DDL; 2) o ato praticado pelos administradores com excesso de poderes ou contrariamente à lei ou estatuto pode não ter sido aprovado por ulterior deliberação de um outro órgão da pessoa jurídica, como o conselho de administração ou assembleia geral dos acionistas, hipótese em que a teoria organicista cederia espaço para a responsabilização exclusiva dos administradores; 3) a pessoa jurídica pode ter sido dissolvida irregularmente, o que enseja a responsabilidade exclusiva dos administradores por violação à lei societária, inclusive porque, se assim não for, o maior prejudicado será o Fisco, que não poderá exigir o crédito tributário nem da pessoa jurídica nem dos administradores.

Os exemplos demonstram que não se pode afirmar *a priori* que a responsabilidade do artigo 135, III seja exclusiva ou solidária. Tudo dependerá de uma análise mais ampla da conduta adotada à luz de todos os aspectos levantados anteriormente. É preciso, então, endereçar uma solução jurídica adequada para essa questão e que seja capaz de lidar não só com a multiplicidade de hipóteses e variáveis que o tema comporta, mas também com o antagonismo existente entre a teoria exclusivista e aquilo que está previsto no próprio ordenamento¹⁵⁷.

Essa solução, a nosso ver, é bastante simples e passa necessariamente pela instauração de procedimento prévio destinado a averiguar: 1) se o ato foi praticado no interesse da companhia, mesmo que com excesso de poderes, infração da lei, contrato ou estatuto social; 2) se ela obteve ou não algum proveito em decorrência do ato e, finalmente, 3) a efetiva existência e condição patrimonial ou financeira da pessoa jurídica para arcar com o pagamento do débito. Somente a partir do esgotamento desse procedimento prévio é que se poderá estabelecer, com segurança, de quem será a responsabilidade tributária pela prática de tais atos.

Essa investigação prévia poderá ser feita nos casos em que o crédito tributário está em vias de constituição, ou seja, nos procedimentos de fiscalização habituais das autoridades

¹⁵⁷ Como no caso da indedutibilidade de despesas anormais da base de cálculo do IRPJ (artigo 47 da Lei nº 4.506/64), assim como da distribuição disfarçada de lucros.

fiscais, destinados a apurar a regularidade da apuração e o recolhimento dos tributos por parte da pessoa jurídica. Porém, sabemos que nem sempre há essa apuração, principalmente quando se trata de débitos inscritos em dívida ativa em cuja certidão são inseridos diretamente tanto o nome da pessoa jurídica como de seus administradores, sem qualquer procedimento prévio de apuração de responsabilidade. A presunção de certeza e liquidez do débito (artigo 3º da Lei nº 6.830/80) obrigava, assim, o administrador a fazer prova de sua não responsabilidade somente através da via processual adequada, qual seja, embargos do devedor, conforme, inclusive, entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.104.900, cuja ementa transcrevemos anteriormente.

Ocorre que, pelo menos em relação aos tributos de competência da União Federal, a questão foi resolvida pela Portaria nº 180/10, emitida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que, além de reconhecer a responsabilidade solidária (artigo 1º) determinou, através de seu artigo 2º, que a inclusão do responsável na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada pela autoridade competente, acerca da prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, assim como dissolução irregular da pessoa jurídica.¹⁵⁸

Esse procedimento prévio não poderá de modo algum restringir-se a verificar se o ato foi praticado apenas com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. A autoridade competente para tanto deverá ter o cuidado necessário para apurar as circunstâncias em que foi praticado o ato, levando em consideração principalmente a presença ou não dos pressupostos já comentados anteriormente e que afastam a responsabilidade do administrador, quais sejam: 1) se o administrador cumpriu com dever de diligência previsto

¹⁵⁸ “Artigo 1º Para fins de responsabilização com base no inciso III do artigo 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

Artigo 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

I - excesso de poderes;
II - infração à lei;
III - infração ao contrato social ou estatuto;
IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.”

no artigo 153 da Lei nº 6.404/76 e artigo 1.011 do Código Civil; e 2) se, apesar do excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, se o ato foi praticado no *interesse da pessoa jurídica*.

Presentes qualquer um desses pressupostos, entendemos que não há que se falar em responsabilidade tributária do administrador, mas sim da pessoa jurídica. Entretanto, mesmo que a responsabilidade seja da pessoa jurídica, ainda restará saber se, de fato, o tributo poderá ser exigido com base na anormalidade ou se, ao contrário, a exigência não é resultado de uma *ingerência* da autoridade fiscal nos atos de gestão praticados pelos órgãos da pessoa jurídica, ou seja, se a exigência não implica em *avaliação subjetiva*, por parte da autoridade fiscal, a respeito da conveniência e oportunidade do ato ou negócio praticado.

CAPÍTULO IX - DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TEMA

A delimitação do tema, sob o seu viés constitucional, impõe-se em razão de diversas questões cruciais que ele levanta. Já vimos que é possível falar em princípio da liberdade de gestão em face do sistema constitucional brasileiro, mas o contrário também é possível? O sistema constitucional tributário tutela normas de controle do ato anormal de gestão? Em caso positivo, quais os limites a serem observados por essas normas?

Apenas a título de ilustração, basta lembrar os casos de DDL, em que ocorre a recomposição da base de cálculo do IRPJ mediante a adição da diferença entre o valor de venda do bem efetivamente praticado na operação e o seu valor de mercado. Essa diferença, conforme observado por Mariz de Oliveira (2008) não representa acréscimo patrimonial algum à pessoa jurídica (critério material da regra-matriz de incidência do IRPJ), a legislação, contudo, determina que tal parcela seja tributada como se renda fosse. Recomposições dessa natureza seriam compatíveis com a CF? Não estaria ela tributando renda fictícia?

Como lidar com a questão considerando que as regras de DDL já fazem parte do sistema jurídico brasileiro há mais de quarenta anos e já passaram por três Constituições sem que o Supremo Tribunal Federal declarasse a sua inconstitucionalidade? Não estamos querendo aqui sustentar que uma norma inconstitucional se torne constitucional apenas pelo passar do tempo e por sua aceitação pela sociedade, mas esse fato por si só já nos chama a atenção e convida a uma reflexão mais profunda sobre a possibilidade de o direito tributário, em certos casos, operar com presunções e ficções ao amparo não só dos princípios constitucionais tributários, mas também sob o influxo de outros princípios do mesmo modo importantes previstos na CF.

1 – ATO ANORMAL DE GESTÃO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Um primeiro problema que se apresenta nesse contexto diz respeito à possibilidade ou não de se exigir tributo com base apenas na anormalidade de um ato de gestão, no sentido que o termo é aqui empregado. A questão é importante porque, como vimos, a teoria do ato anormal de gestão já foi invocada abertamente em pelo menos três controvérsias envolvendo o fisco e os contribuintes e, além disso, condutas excessivamente arriscadas ou simplesmente diferentes costumam ser objeto de disputa em processos administrativos fiscais. Note-se que, quando falamos em condutas “excessivamente arriscadas” ou “diferentes”, não estamos tratando de hipóteses que configurem fraude, simulação ou abuso de direito, que possuem previsão em leis específicas, mas daquelas que, de alguma forma, poderiam ser caracterizadas como anormais por serem contrárias aos interesses da empresa.

O ponto específico é se a conduta anormal autorizaria a exigência de tributo sem que houvesse lei elegendo a anormalidade como critério material de uma regra-matriz de incidência tributária.

A questão, a nosso ver, não apresenta maiores complexidades tendo em vista tanto o princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150, I da CF¹⁵⁹, quanto o artigo 97, I e III do CTN, segundo o qual somente a lei pode instituir tributos bem como definir o fato gerador da obrigação principal.¹⁶⁰

Tanto assim que, como visto, normas de controle do ato anormal de gestão já foram incorporadas pela legislação tributária há algum tempo, tal como a DLL (artigo 60 do DL n° 1.598/77) e a indedutibilidade de despesas anormais na base de cálculo do IRPJ (artigo 47 e parágrafos da Lei n° 4.506/64).

¹⁵⁹ “Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

¹⁶⁰ Artigo 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3° do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

Assim, qualquer exigência de tributo que tenha por base uma conduta anormal do sujeito passivo em qualquer dos sentidos aqui já explicados, seja por se tratar de um ato contrário aos interesses da empresa, seja apenas por ser diferente daquela adotada pela maioria das empresas, somente pode ser feita caso exista lei específica no ordenamento definindo os critérios para se identificar a anormalidade (critério material), as formas de ajuste da base de cálculo do tributo (critério quantitativo), bem como os responsáveis pela obrigação tributária (critério pessoal). Exigências fundamentadas em anormalidade por “risco excessivo” ou simplesmente condutas diferentes daquelas adotadas por outras pessoas jurídicas, por exemplo, não são suficientes para embasar qualquer pretensão sobre os créditos tributários assim apurados.

Feitas essas considerações, parece-nos agora necessário identificar os princípios constitucionais tributários que amparam as normas destinadas a controlar os atos anormais de gestão.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM AS NORMAS DE CONTROLE DO ATO ANORMAL DE GESTÃO EM TRANSAÇÕES COM PARTES VINCULADAS

Como vimos, do ponto de vista tributário, o princípio da liberdade de gestão implica a proibição do fisco intervir nas decisões de gestão da companhia, que são tomadas dentro daquela esfera mínima de liberdade que os administradores têm na condução dos assuntos da pessoa jurídica. Todavia, o adequado entendimento acerca do sentido e alcance do princípio da liberdade de gestão passa pelo estudo de outros princípios constitucionais, referimo-nos àqueles que amparam o controle do ato anormal de gestão, marcando justamente os limites jurídicos entre a liberdade e a anormalidade no sentido em que ela foi tratada no presente trabalho.

De fato, outros princípios constitucionais servem como contraponto à liberdade, como os da função social da propriedade, apresentado como verdadeiro dever por estar inserido no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º, XXIII),

dever esse reafirmado como princípio geral da atividade econômica no artigo 170, III¹⁶¹ e, do ponto de vista tributário, os princípios da legalidade, igualdade e capacidade contributiva.

A existência desses outros princípios e normas é responsável pelo equilíbrio do sistema e dos diversos valores que ele protege, de forma que, quando há conflito, cabe à jurisprudência e à dogmática jurídica fixar os limites concretos de cada um deles em função da especificidade de cada caso, fazendo prevalecer um em detrimento do outro. Neste caso, é inevitável que se recorra à técnica da *ponderação* que, segundo Barroso (2009, p. 360), é uma “[...] técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.”

Os princípios a seguir enunciados nos parecem ser aqueles que dão amparo constitucional às normas de controle do ato anormal de gestão, todavia, conforme já ressaltamos, a prevalência da liberdade de gestão em detrimento do princípio da liberdade de gestão é um problema que deve ser analisado caso a caso através da técnica da ponderação.

2.1 – Princípio da igualdade em matéria tributária

O princípio da igualdade em matéria tributária está previsto no artigo 150, II da CF e proíbe a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.¹⁶² Ele se torna particularmente relevante no exame de constitucionalidade das normas de controle do ato anormal de gestão em transações envolvendo partes vinculadas, sendo os casos mais evidentes a DDL e os preços parâmetros para fins de apuração do ICMS e IPI quando restar configurada a interdependência entre pessoas jurídicas. O mesmo acontece com as regras de preços de transferência. Todavia, as regras de DDL e de preços de transferência, na opinião de Mariz de Oliveira (2008, p. 809),

¹⁶¹ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade;

¹⁶² “Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

seriam inconstitucionais na medida em que não tributam efetivo acréscimo patrimonial nas pessoas jurídicas, conforme previsto no artigo 43, I e II do CTN.¹⁶³ Segundo o referido autor, ao tributar parcelas que não representam efetivo acréscimo patrimonial, as regras de DDL e preços de transferência violariam o princípio constitucional que proíbe a utilização de tributo com efeito confiscatório (artigo 150, IV).

Contudo, parece-nos que, ao tributar essas transações com base nos parâmetros de mercado, as regras de preço da DDL e as da transferência nada mais fazem do que inseri-las no campo da normalidade com base no princípio da igualdade tributária, ou seja, se em uma economia capitalista e de livre mercado, o normal é que a empresa busque um mínimo de ganho em suas transações com terceiros, quando essas mesmas transações forem praticadas com partes vinculadas ela deve adotar os mesmos parâmetros adotados pelo mercado, porque no sistema capitalista a finalidade lucrativa é comum a todas as empresas (artigo 2º da Lei nº 6.404/76) como decorrência do princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da CF. Conforme afirma José Afonso da Silva (1997, p. 720):

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV).

Assim, se a busca do lucro é finalidade comum, com amparo inclusive da CF, as normas de controle do ato anormal de gestão não admitem tratamento tributário diferenciado entre as transações praticadas com terceiros e aquelas praticadas com partes vinculadas.

¹⁶³ “Artigo 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Ao assim fazer, essas normas alinham-se também com as diretrizes da Lei nº 6.404/76, pois obrigam o administrador a agir de acordo com o *interesse da empresa*, ao equiparar os terceiros e as partes vinculadas *perante a empresa*. Óbvio que, subjacente a essas normas, há sempre o interesse arrecadatório, este interesse, contudo, por si só, não justifica a tributação de renda não efetivamente auferida, mas o princípio da igualdade. Este sim, de envergadura constitucional, previsto inclusive no preâmbulo da CF, nos parece suficiente para amparar as normas de controle do ato anormal de gestão que operam sob a forma de presunções ou ficções quando a empresa transaciona com partes vinculadas, tal como no caso da DDL e preços de transferência, cujas regras estão previstas nos artigos 18 e seguintes da Lei nº 9.430/96.

A propósito das regras de preço de transferência, parece-nos importante lembrar, como já o fizemos no capítulo II, item 3, que o princípio a elas subjacente é conhecido como *arm's length*¹⁶⁴, que implica na adoção, pelo legislador, de parâmetros de mercado para fins de determinação dos preços de mercadorias e serviços em operações internacionais envolvendo pessoas jurídicas vinculadas.

Para alguns autores, como Schoueri (1995, p. 195), o fundamento constitucional do princípio *arm's length* reside justamente no princípio da igualdade ou isonomia tributária, em que pese a crítica de alguns autores, como Tôrres (2001, p. 196) que entende que o princípio da igualdade somente poderia ser entendido como fundamento do *arm's length* enquanto garantidor do princípio da generalidade a que está submetido o IRPJ (artigo 153, § 2º, I da CF). Para este autor, o verdadeiro fundamento constitucional para o *arm's length* seria o princípio da capacidade contributiva (2001, p. 197).

Fizemos menção ao princípio *arm's length* apenas para traçar um paralelo conceitual com as regras do direito tributário brasileiro que disciplinam as operações internas com partes vinculadas, como a DDL e os preços parâmetro para fins de apuração das bases de cálculo do IPI e ICMS no regime de interdependência. Nelas, assim como nas regras de preço de transferência, o elemento comum é o vínculo entre as partes contratantes, que, como já dissemos, pode ensejar a manipulação de valores que podem resultar na fixação de preços

¹⁶⁴ Que em língua portuguesa significa “a um braço de distância”.

artificiais nessas transações. Ora, da mesma forma que o princípio da igualdade é o fundamento constitucional do princípio *arm's length*, também o é para as regras de DDL e interdependência para o ICMS e IPI, ainda que essa igualdade seja entendida como garantidora do princípio da generalidade (no caso do IRPJ), como entende Tôrres (2001, p. 197).

Por outro lado, poder-se-á alegar que a tributação nessas bases ofende o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º da CF), pois não atinge manifestação de riqueza concretamente auferida pela pessoa jurídica, o que nos leva, como já adiantado, à técnica da *ponderação* na solução de questões que envolvam a aplicação de princípios constitucionais de mesma hierarquia ao mesmo fato.

O princípio da capacidade contributiva será tratado no item a seguir, todavia, se admitirmos que ele deve prevalecer nesses casos, e de acordo como entendimento da doutrina tradicional, temos que reconhecer também que o Estado, enquanto titular do poder de tributar, está admitindo que as transações da pessoa jurídica com partes vinculadas sejam praticadas a qualquer preço, ou mesmo sem qualquer preço, o que traz à tona um primeiro problema, ligado à concorrência desleal, afinal, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo constitui infração à ordem econômica nos termos do artigo 21, XVIII da Lei nº 8.884/94.¹⁶⁵

Da mesma forma, o Estado, enquanto poder tributante, estaria admitindo que uma sociedade anônima pode não ter finalidade lucrativa, pois não é difícil imaginar uma estrutura empresarial com diversas pessoas jurídicas sob controle comum, umas vendendo mercadorias a outras a preço de custo, daí a importância das regras de interdependência no ICMS e IPI, ao determinar a utilização de preços mínimos em operações envolvendo empresas vinculadas. Isso sem falar no princípio da preservação da empresa e de sua função social, que perderiam importância em razão da capacidade contributiva.

A despeito daquilo que foi exposto, e apenas para finalizar, não podemos deixar de situar a questão, ainda que rapidamente, sob o ponto de vista das ficções tributárias, em especial das regras de DDL, que, segundo Mariz de Oliveira (2008), são inconstitucionais por

¹⁶⁵ “Artigo 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;”

não tributarem acréscimo patrimonial efetivo pelo contribuinte. De fato, ao determinar os ajustes na base de cálculo do IRPJ mediante o acréscimo de valores que não foram efetivamente recebidos pela pessoa jurídica nas transações com partes vinculadas, as regras de DDL acabam tributando renda fictícia.

Nesse sentido, não desconhecemos que substancial parcela da doutrina brasileira não admite, ou, quando muito, admite com muitas reservas, a utilização de ficções no direito tributário, em razão, justamente, do princípio da capacidade contributiva. Realmente, o princípio da capacidade contributiva, entendido em sua acepção clássica, como se verá a seguir, poderia levar a essa conclusão, mas apenas quando não estivermos diante de transações com partes vinculadas.

Nesses casos, como já dissemos, a aproximação e os vínculos entre as pessoas (físicas e/ou jurídicas) permitem que os cânones capitalistas sejam deixados de lado, abrindo espaço para a manipulação de valores e criação de preços fictícios nas transações. Se os administradores ou sócios da pessoa jurídica praticam preços fictícios em negócios com partes vinculadas, eles prejudicam, em primeiro lugar, a própria empresa e, por consequência, todos os interesses que gravitam em torno dela, inclusive do fisco. Ora, parece-nos que a maneira mais eficaz de se controlar preços fictícios e, portanto, preservar os interesses não só da empresa como *célula-mater* da economia (Bulgarelli, 1985, pp. 267-268) mas também de todos em volta dela (empregados, fornecedores e Estado), é justamente o uso das ficções pelo legislador, inclusive no direito tributário. Controla-se e combate-se a ficção com ficção, nada além disso.

Todos esses aspectos nos levam a concluir que a igualdade tributária constitui-se em um dos fundamentos constitucionais que amparam as normas de controle dos atos anormais de gestão envolvendo transações com partes vinculadas, na medida em que tornam iguais, perante a empresa, tanto os terceiros que com ela se relacionam, como as partes que, com ela, mantêm algum vínculo aproximado, gerando assim, a neutralidade necessária para a fixação de valores e preços normais de mercado.

Vejamos agora outros princípios constitucionais que, a nosso ver, também amparam as normas destinadas a controlar os atos anormais de gestão praticados pela pessoa jurídica através de seus sócios e administradores.

2.2 – Princípio da capacidade contributiva

A análise do princípio da capacidade contributiva se faz necessária não só em razão de sua importância histórica e atual, mas também pela atenção que lhe dá a doutrina, ao concluir que ele seria o fundamento constitucional do princípio *arm's length*. Já vimos que, por esse princípio, o legislador fixa os “parâmetros de mercado” para definição dos preços praticados pela pessoa jurídica em transações com partes vinculadas, que, de um modo geral, são ligadas a ela por vínculos de administração ou participações societárias. A fixação dos parâmetros de mercado leva à definição de preços ditos *normais*, uma vez que são comparáveis com aqueles praticados por terceiros que não possuem qualquer vínculo com a pessoa jurídica, fazendo assim, com que as transações sejam praticadas de acordo com o seu legítimo interesse e de todos aqueles que gravitam em torno dela, inclusive do Estado na qualidade de titular da competência impositiva.

O princípio da capacidade contributiva não é novidade em nosso ordenamento jurídico. Foi previsto inicialmente no artigo 202 da CF de 1946¹⁶⁶ e suprimido das Constituições posteriores, ressurgindo no artigo 145, § 1º da CF de 1988 com a seguinte redação:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo Torres (2005, p. 257):

No Brasil as vicissitudes da idéia de capacidade contributiva acompanharam as do pensamento universal. Ingressou com a constituição do nosso Estado Fiscal no início do século passado, cabendo ao Visconde de Cairu captar os princípios lançados na obra de Adam Smith. Hibernou longamente ao depois, pela nossa vocação para o positivismo. Ressurgiu explicitamente na

¹⁶⁶ “Artigo 202 - Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.”

Constituição de 1946 e mereceu considerações judiciosas por parte da doutrina liberal, especialmente através da obra de Aliomar Baleeiro. Desapareceu da letra das Cartas outorgadas pelo regime autoritário (1967/1969) e, também, do discurso da doutrina sua contemporânea, que retornou ao positivismo normativista. Reapareceu, vigorosamente, no texto do artigo 145, 1º, da CF 88, o que já está provocando a ressurgência da meditação sobre o tema.

De acordo com o autor, a ideia de capacidade contributiva remonta à época do iluminismo e do liberalismo econômico defendido por Adam Smith e por essa razão ela estava e ainda está presente nas Constituições de uma boa parte dos países ocidentais, a exemplo de Portugal¹⁶⁷, Espanha¹⁶⁸, Itália¹⁶⁹, dentre outros. Becker foi mais além e identificou rudimentos da capacidade contributiva entre os egípcios e em leis tributárias da Idade Média (1998, pp. 479-481).

Por essa razão, a bibliografia em torno da capacidade contributiva é bastante vasta e um estudo abrangente e profundo envolvendo toda a sua extensão e limites certamente comportaria uma obra inteira dedicada ao assunto. Conforme observado por Becker “A velhice do princípio e a ambigüidade da locução ‘capacidade contributiva’ mergulharam filósofos, financistas e juristas em alucinante balbúrdia e para que a confusão ficasse total, as modernas Constituições canonizaram o princípio da capacidade contributiva, convertendo-o em *regra constitucional*, do Estado. É a constitucionalização do equívoco.” (1998, p. 484)

O testemunho deste notável jurista, já em 1963, denunciava a complexidade do tema e a infinidade de opiniões e manifestações sobre o seu significado. A finalidade deste trabalho impede que se faça uma investigação dessa natureza, sendo importante, contudo, repassar alguns pontos centrais já trabalhados e fixados pela dogmática jurídica para, em seguida, situar essa figura em função daquilo que ela representa quando se fala em ato anormal de gestão.

¹⁶⁷ Artigo 106 – “o sistema fiscal será estruturado por lei, com vistas à repartição igualitária da riqueza e dos Rendimentos.”

¹⁶⁸ Artigo 31. Todos contribuirão para as despesas públicas de harmonia com a sua capacidade econômica, mediante sistema tributário justo, inspirado nos princípios de igualdade e progressividade, que em caso algum terá alcance confiscatório.

¹⁶⁹ “Art 53, Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.”

Conforme registrado por Becker, a constitucionalização da capacidade contributiva (por ele denominada de “constitucionalização do equívoco”) gerou duas correntes doutrinárias, a primeira, que considerava o princípio da capacidade contributiva como uma regra de natureza programática, ou seja, como apenas uma orientação ao legislador ordinário e ao juiz, mas que não obrigava e nem proibia qualquer conduta¹⁷⁰. Seria um nada jurídico.

Já a segunda corrente reconhecia a sua coercibilidade e afirmava que a regra seria direcionada ao legislador e ao juiz. Assim, a regra obrigaria o legislador a eleger fatos-signos presuntivos de riqueza no antecedente da regra-matriz de incidência e, caso não o fizesse, a norma poderia ser declarada inconstitucional pelo juiz no plano geral e abstrato ou mediante uma verificação individual da capacidade contributiva de cada indivíduo, deixando de aplicar a norma geral e abstrata. Becker criticou as duas correntes: a primeira, simplesmente por negar eficácia a uma norma constitucional e a segunda por entender que o juiz não poderia nunca deixar de aplicar a lei tributária mesmo que a capacidade contributiva não se manifestasse em um caso particular.

A existência ou não de uma certa “juridicidade” ou “coercibilidade” do princípio da capacidade contributiva foi uma das principais polêmicas em torno dessa figura, mas o que se observa hoje em dia é que ela está totalmente superada, sendo raros os autores que ainda defendem esta visão. Da mesma forma, a doutrina majoritária entende que o princípio é dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz (Carrazza, 2006, pp. 92-94).

De fato, hoje em dia há certo consenso em torno do significado mínimo desse princípio, no sentido de que a norma que institui o tributo deve incidir sobre fatos que revelem alguma manifestação de riqueza do contribuinte. Conforme afirma De Mita (2005, p. 236), o princípio da capacidade contributiva “[...] exige, antes de tudo, que haja uma ligação efetiva entre a prestação imposta e o pressuposto econômico considerado. É exclusivamente essa ligação que condiciona a aptidão para a contribuição, a idoneidade para pagar uma soma a título de imposto.” No mesmo sentido, é a opinião de Carrazza (2006, p. 85), para quem a capacidade contributiva “[...] se manifesta diante de fatos ou situações que relevam, *prima*

¹⁷⁰ Os seguidores dessa corrente, segundo Becker, seriam Rubens Gomes de Souza, Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, dentre outros.

facie, da parte de quem os realiza ou neles se encontra, condições objetivas para, pelo menos em tese, suportar a carga econômica desta particular espécie tributária.”

Mas essa concepção, que se pode dizer “clássica” em torno do significado do princípio da capacidade contributiva, vem mudando. Alguns autores passaram a enxergar a figura não apenas como uma garantia do contribuinte contra o Estado, impedindo uma tributação sobre fato que pode não representar efetiva manifestação de riqueza ou acréscimo patrimonial, mas também como um princípio que levaria à eficácia máxima da norma tributária, de modo que ela possa incidir sobre todas as manifestações de riqueza *possíveis* do contribuinte, o que foi denominado por Greco (2008) de “eficácia positiva” do princípio da capacidade contributiva.

Com efeito, após efetuar o retrospecto histórico e conceitual do tema, Greco chega à conclusão de que o princípio da capacidade contributiva não possui mais a mesma extensão e significado que possuía antes da CF de 1988, sendo um verdadeiro princípio estrutural e informador do sistema tributário como um todo, devendo ser aplicado antes mesmo do princípio da igualdade tributária. O autor define a extensão do princípio da capacidade contributiva à luz de outros valores previstos na CF, especialmente aqueles previstos no artigo 3º, I, segundo o qual constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (2008, p. 318).¹⁷¹

Essa concepção da capacidade contributiva, derivada de uma interpretação em conjunto com o princípio da solidariedade, vem ganhando força e é defendida também na Itália por Francesco Moschetti, conforme notícia De Mita (2005, pp. 223-256):

Segundo F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva*, citado, a especificação do significado do artigo 53 da Constituição é extraída interpretando-se a norma à luz dos princípios constitucionais fundamentais. O princípio da capacidade contributiva exprime uma exigência de justiça fiscal que é preciso harmonizar com os valores constitucionais. Antes de qualquer coisa, visto que o artigo 53 da Constituição exprime um particular dever de coletividade (“Todos estão obrigados”) isso ingressa no âmbito dos *deveres inderrogáveis de solidariedade*, previstos com disposição geral no artigo 2º da Constituição. Em segundo lugar, o

¹⁷¹ Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

conceito de solidariedade, entendido como cooperação altruística para fins do interesse coletivo, harmoniza-se com as outras disposições constitucionais que visam a realização do mesmo bem: a utilidade social. Devem, assim, ser considerados o artigo 4º, par. 2º, o qual faz referência ao “progresso material ou espiritual da sociedade”, e os arts. 42-43, que fazem referência à “função social” da propriedade, etc. O dever tributário pode muito bem ser qualificado como dever de solidariedade econômica que contribui diretamente para o bem-estar econômico da coletividade e, indiretamente, também para o social e político.

A partir daí, e dentre outras razões, Greco (2008, pp. 330 e 334-335) conclui que o princípio da capacidade contributiva é uma norma programática que deve servir como ponto de partida para a interpretação de todo o ordenamento jurídico tributário, inclusive das demais normas integrantes do sistema constitucional tributário, mas de forma a extrair a máxima eficácia na aplicação da norma tributária, o que ele denomina de “eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva”. Isso gera reflexos, por exemplo, na aplicação do princípio da isonomia em matéria tributária porque, segundo o referido autor,

Quebra-se a isonomia – por haver tratamento desigual – tanto quando o imposto é exigido quando não existe ou de quem não manifesta capacidade contributiva, como quando não se exige quando ela existe e alguém a manifesta. Quebra-se a isonomia porque desta perspectiva ou todos pagam ou ninguém paga.

Note-se que o autor não afirma que essa interpretação do princípio da capacidade contributiva implica a permissão de exigência de tributo sem lei, pelo contrário, ele é enfático ao afirmar que isso não é possível e que o pressuposto para a aplicação da eficácia positiva do referido princípio é a existência de uma lei prévia definindo o fato gerador do tributo e demais critérios da regra-matriz de incidência (2008, p. 333).

As consequências de se adotar ou não essa concepção são particularmente importantes quando se fala em ato anormal de gestão, uma vez que, como já demonstrado, a anormalidade do ato poderá implicar muitas vezes a tributação de uma parcela de riqueza não efetivamente auferida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, em especial no âmbito do IRPJ, quando a legislação determina que se adicionem à sua base de cálculo valores não

recebidos ou veda a dedução de despesas e custos efetivamente incorridos e pagos, como no caso, por exemplo, das normas de DDL e preços de transferência.

O problema central, enfatizamos, não é outro senão aquele apontado por Lima Gonçalves (1999, p. 241) que, assim como Mariz de Oliveira (2008, pp. 805-856), entende que a lei tributária não pode operar com ficções para a determinação da base de cálculo dos tributos, em especial o Imposto sobre a Renda. Lima Gonçalves analisou a questão específica das regras de preços de transferência previstas na Lei nº 9.430/96 e entendeu serem elas inconstitucionais por incidirem sobre lucro ou renda fictícios, conforme se observa em suas conclusões (1999, p. 241):

De todo o exposto, conclui-se que as disposições normativas veiculadas pela Lei nº 9.430/96, naquilo que pretendem imputar automaticamente aos particulares o reconhecimento da ocorrência de um lucro tributável, com o nascimento da obrigação tributária, são inválidas perante o sistema constitucional brasileiro, por vício de inconstitucionalidade, que deverá ser reconhecido pelo Poder Judiciário, quando chamado a pronunciar-se sobre a questão.

O mesmo problema acontece com as regras de DDL no âmbito do IRPJ e dos preços parâmetro para determinação das bases de cálculo do ICMS e IPI em situações em que reste configurada a interdependência entre as pessoas jurídicas. De um jeito ou de outro, a lei determina que se desconsidere o preço efetivamente praticado nas transações e impõe critérios que implicam a equiparação desse preço aos parâmetros de mercado.

Isso resulta, na prática, em tributação de riqueza não efetivamente auferida pelo sujeito passivo, o que poderia violar o princípio da capacidade contributiva em sua acepção clássica, segundo a qual o tributo somente deve incidir sobre uma manifestação de riqueza efetiva e não sobre manifestação potencial ou inexistente.

Como vimos anteriormente, essa visão vem se modificando, de modo a permitir que a norma tributária incida não apenas sobre manifestações de riqueza e acréscimos patrimoniais reais e efetivos, mas também sobre manifestações potenciais ou acréscimos e ganhos que o contribuinte poderia ter auferido e não auferiu em razão da manipulação de

valores (preço, custo, etc.) em detrimento da própria pessoa jurídica e que, concomitantemente, resultam na diminuição das bases de cálculo de certos tributos, como o IRPJ, ICMS e IPI.

Seja sob a denominação de *eficácia positiva* da capacidade contributiva, como propõe Greco, seja em decorrência de outras construções interpretativas, a doutrina vem percebendo, já há algum tempo, que a concepção clássica desse princípio é insuficiente para lidar com certas normas no sistema que operam mediante presunções e ficções, tais como as regras de DDL e preços de transferência.

Assim é que Tôrres (2001, p. 198) entende que o princípio *arm's length* serve justamente para *resgatar* a capacidade contributiva do contribuinte omitida pela manipulação de preços e, por mais paradoxal que possa parecer, seria justamente a capacidade contributiva, vista sob esse ângulo, que evitaria que a disciplina dos preços de transferência resultasse na tributação por meio de ficções e presunções:

Em matéria tributária, o atendimento ao princípio *arm's length*, pela determinação do preço de referência, a partir da aplicação dos métodos de ajuste, serve para resgatar a efetiva capacidade contributiva do contribuinte, omitida pela manipulação dos preços, mediante subfaturamentos ou superfaturamentos. [...]

O que os métodos de comparação devem respeitar, portanto, é o princípio de capacidade contributiva, que corresponderão em maior ou menor medida ao critério *arm's length* na proporção do quanto o seu resultado reflita o preço efetivo de mercado (preço de livre-concorrência). Se há um princípio para ser respeitado pela legislação e pelos aplicadores do direito, este é o da capacidade contributiva. Este sim, um verdadeiro princípio. Do contrário, a disciplina do *transfer price* serviria como mecanismo de tributação por meio de ficções e presunções, o que colidiria frontalmente com o regime constitucional brasileiro.

[...]

Por isso, os métodos eleitos devem refletir, na equiparação entre preço efetivamente praticado (entre pessoas interdependentes) e o preço objetivo de mercado (praticado entre partes independentes não situadas em 'paraísos fiscais'), a efetiva capacidade contributiva do sujeito, não mais que isso, sob pena de confluir para o confisco (artigo 150, V, CF), tributando o que não seria devido.

Como diz a OCDE, nas suas diretrizes, o Estado que propõe um ajuste à determinação do preço de transferência tem o ônus de demonstrar que o ajuste é consistente com o princípio *arm's length*. Perfeito, porque 'ser consistente' com este princípio é servir como forma de realização dos princípios norteadores da

tributação, e particularmente o princípio da capacidade contributiva.

Ora, o mesmo entendimento se aplica, a nosso ver, em relação às demais regras de controle do ato anormal de gestão entre partes vinculadas no sistema tributário brasileiro (DDL e regime de interdependência para apuração das bases de cálculo do ICMS e IPI). Além de buscarem seu fundamento no princípio da isonomia tributária (pois equiparam as partes vinculadas e os terceiros perante a empresa), essas normas adotam os parâmetros de mercado como índice para medir a capacidade contributiva da pessoa jurídica em condições normais de uma economia capitalista, isto é, nas quais ela contrataria com terceiros.

Do contrário, teríamos que admitir que todas essas normas são inconstitucionais, como fazem Mariz de Oliveira (2008, pp. 805-856) e Gonçalves (1999, p. 241), este último especificamente em relação às regras de preços de transferência. Até aí não haveria problema algum, pois as premissas eleitas por esses autores são condizentes com suas conclusões. O princípio da estrita legalidade em matéria tributária (artigo 150, I da CF) juntamente com as disposições do CTN a respeito do fato gerador (artigo 115)¹⁷² e regras para arbitramento da base de cálculo (artigo 148)¹⁷³ podem realmente levar à conclusão de que as normas que determinam a tributação de riqueza em potencial ou acréscimo patrimonial não efetivamente auferido seriam inconstitucionais.

Porém, de outro lado, como visto, os princípios da igualdade em matéria tributária e da capacidade contributiva permitem chegar a uma conclusão contrária, no sentido de que, em certas situações, o uso de ficções e presunções pelo legislador é permitido, justamente com base nesses princípios, a fim de evitar práticas indesejáveis e anormais que prejudicam não só a empresa, mas também o interesse público na arrecadação de tributos e, portanto, de toda a coletividade.

¹⁷² Artigo 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

¹⁷³ Artigo 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Ora, é pacífico na doutrina (Canotilho, 2003, p. 1.226) que, havendo duas interpretações possíveis de uma mesma norma devido à sua polissemia, uma que leve à sua inconstitucionalidade e outra à constitucionalidade, deve-se adotar a técnica da *interpretação conforme a Constituição*, de modo que prevaleça a segunda interpretação em detrimento da primeira, mantendo-se a validade da norma perante a Carta Magna.

Assim, concluímos pela constitucionalidade das normas de controle dos atos anormais de gestão entre pessoas vinculadas no sistema jurídico brasileiro (DDL, preços de transferência e regime de interdependência para fixação das bases de cálculo do ICMS e IPI), uma vez que elas encontram amparo nos princípios da igualdade e capacidade contributiva.

Finalmente, restaria verificar o fundamento constitucional da norma de controle do ato anormal de gestão praticado com partes não vinculadas e objeto de estudo no capítulo VII, qual seja, a regra de dedutibilidade das despesas necessárias e normais da base de cálculo do IRPJ.

3 – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM AS NORMAS DE CONTROLE DO ATO ANORMAL DE GESTÃO EM TRANSAÇÕES COM PARTES NÃO RELACIONADAS

Já vimos no capítulo VII, item 1.1, que a norma que disciplina a dedutibilidade das despesas operacionais da base de cálculo do IRPJ¹⁷⁴ também tem por objetivo o controle de atos anormais de gestão da pessoa jurídica, porém, quando ela se relaciona com terceiros. Vimos também que, apesar de o § 2º do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 vincular a dedutibilidade das despesas aos requisitos de usualidade e normalidade, o “caput” do artigo e seu § 1º também vinculam essa mesma dedutibilidade ao critério da necessidade, de maneira que não basta que a despesa seja normal e usual: ela também tem que ser necessária às atividades da empresa.

A busca pelo fundamento constitucional dessa norma específica está relacionada ao conceito de renda e, portanto, no artigo 153, III da CF, outorga à União Federal competência para instituir imposto sobre a renda, cujo conceito foi brilhantemente construído

¹⁷⁴ Artigo 47 da Lei nº 4.506/64

por Lima Gonçalves (1997, p. 180). Segundo o autor, o conceito constitucional de renda seria representado pelo "(i) saldo positivo resultante do (ii) confronto entre (ii.a) certas entradas e (ii.b) certas saídas, ocorridas ao longo de um dado (iii) período"

O artigo 43 do CTN nos auxilia na busca do conceito constitucional de renda ao definir o fato gerador do referido imposto da seguinte forma:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Conforme se observa, a ideia de *acrécimo patrimonial* é ínsita ao conceito de renda o que pressupõe: (i) um patrimônio existente em um determinado momento; (ii) despesas e custos incorridos para manter ou aumentar esse patrimônio (dispêndios); (iii) receitas (entradas) decorrentes da venda de produtos, mercadorias ou prestações de serviço, assim como ganhos de capital, no caso de pessoas jurídicas. No caso de pessoas físicas, essas *entradas* podem ser produto de ganhos de capital, do trabalho ou de ambos. Logo, o resultado decorrente da soma de todas as receitas, subtraídas de todas as despesas e custos incorridos em um determinado período de tempo, representa o acréscimo patrimonial a que se refere o artigo 43, II do CTN.

Quanto à base de cálculo do referido imposto, o artigo 44 do CTN define-a como sendo o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.¹⁷⁵ A legislação superveniente ao CTN equiparou o conceito de renda das pessoas jurídicas ao de lucro, que por se vez se divide em três espécies: real, presumido e arbitrado¹⁷⁶. A definição de lucro real, que é a que mais nos interessa para os fins do presente trabalho, surgiu com o Decreto-lei nº 1.598/77, cujo artigo 6º, em vigor até hoje, dispõe que "*Lucro real é o lucro*

¹⁷⁵ Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

¹⁷⁶ Lei nº 8.981/95, artigo 26:

Art. 26. As pessoas jurídicas determinarão o Imposto de Renda segundo as regras aplicáveis ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado.

líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.”

Assim, a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e a legislação ordinária situam as despesas e custos como elementos fundamentais e estruturantes dos conceitos de renda e lucro como base de cálculo do imposto sobre a renda. Com efeito, conforme afirma Bulhões Pedreira:

O conceito de lucro como fluxo de renda financeira coincide com a noção contábil de diferença entre (a) receitas auferidas durante determinado período e (b) custos ou despesas incorridos para criar essa receita. É a renda financeira que flui para o patrimônio durante determinado período. Nossa legislação do imposto tradicionalmente adota esse conceito de lucro, como diferença entre receita e despesa que é informada pela demonstração do resultado do exercício. (1979, vol I, p. 178).

Aliás, é unânime na doutrina o entendimento de que o conceito de renda e, portanto, de acréscimo patrimonial, pressupõe que também sejam consideradas as perdas, despesas ou custos incorridos para a obtenção da renda em um determinado período de tempo. Carrazza (2005, p. 35) sintetiza bem esse pensamento dominante ao afirmar que: “O conceito de *renda* inclui o seu contrário – vale dizer, o de *perda*. Para que não reste esgarçado o patrimônio do contribuinte, devem ser abatidas, dos resultados líquidos obtidos, as perdas por ele sofridas – a menos, evidentemente, que resultantes de atividades ilícitas (v.g. da apreensão de *produtos de crime*).”

Tendo em vista que a despesa é elemento estruturante do conceito de renda ou lucro e considerando que o § 2º do artigo 47 da Lei nº 4.506/64, ao mesmo tempo em que permite a dedutibilidade das despesas operacionais, vincula essa mesma dedutibilidade aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, parece-nos que a busca pelo fundamento de validade dessa norma passa a considerar mais de um dispositivo constitucional.

Isto porque essa regra protege interesses distintos e ao mesmo tempo convergentes: a União Federal, enquanto titular da competência constitucional para tributar a renda da pessoa jurídica e a pessoa jurídica, enquanto entidade responsável pela geração e

distribuição dessa mesma renda não só ao Estado, mas a seus sócios, acionistas, administradores, empregados e fornecedores.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que a regra mencionada assegura à União o pleno exercício de sua competência para tributar a renda, pois vincula a dedutibilidade aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, ela também assegura à pessoa jurídica que apenas e tão somente a sua renda será tributada, evitando a corrosão de seu patrimônio mediante a incidência do imposto sobre parcelas que não representam acréscimo patrimonial, em conformidade com o fato gerador do imposto previsto no artigo 43 do CTN.

Ao operar mediante a convergência desse duplo interesse, a norma em questão procura evitar que o administrador incorra em despesas desnecessárias e que, portanto, não atendem aos objetivos da empresa e também aos da arrecadação tributária. Nesse sentido, ela também se alinha com a norma de direito societário que proíbe a prática de atos de liberalidade às custas da companhia¹⁷⁷, conformando-se assim, ao conceito de ato anormal de gestão exposto no presente trabalho.

Portanto, entendemos que o fundamento de validade do artigo 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64 reside não apenas no artigo 153, III da CF, que outorga competência à União Federal para tributar a renda, mas também no artigo 150, IV, que proíbe a instituição de tributo com efeito de confisco,¹⁷⁸ na medida em que, ao mesmo tempo em que permite a dedução de despesas necessárias, normais e usuais para se obter o lucro real da pessoa jurídica (base de cálculo do IRPJ), ele proíbe que a União, através de suas autoridades fiscais, exija o imposto sobre parcelas que não representam renda (acrécimo patrimonial), mas que, ao contrário, reduzem o seu patrimônio.

¹⁷⁷ Artigo 154, § 2º, “a” da Lei nº 6.404/76.

¹⁷⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco

CONCLUSÕES

1. O estudo da figura denominada pela jurisprudência francesa de *ato anormal de gestão* nos permitiu chegar a algumas conclusões importantes que permitiram não só delimitar o seu sentido e alcance, mas também desmistificar certas ideias em torno da relação entre as anormalidades e o direito tributário. A começar pela noção equivocada de que a conduta anormal, no sentido de conduta *diferente* daquela adotada pela maioria dos indivíduos de um grupo seria algo ruim ou, do ponto de vista jurídico, um ilícito. Como se trata de uma expressão importada da França, a experiência nos tem mostrado que aqueles que operam com o direito tributário tendem a focar sua atenção exclusivamente na palavra *anormal* e se esquecem de que a expressão possui um significado próprio que foi cunhado pelos tribunais franceses. Isso leva ao grave equívoco de qualificar como ato anormal de gestão condutas que são simplesmente diferentes daquelas adotadas por outros contribuintes ou mesmo um ato que nenhum contribuinte pratique ou tenha praticado. A recusa dos efeitos fiscais de uma conduta com base exclusivamente no critério da *diferença de comportamento* deve estar prevista em lei e mesmo assim essa lei deve ser submetida ao exame de constitucionalidade para verificação da pertinência entre o tratamento tributário dispensado e a conduta tida por diferente.

2. A partir do estudo da ciência da administração é possível afirmar que os atos de gestão nada mais são do que *decisões* tomadas pelos diversos indivíduos que compõem a estrutura organizacional da empresa em diferentes níveis hierárquicos. Os atos de gestão podem também estar inseridos em um modelo de gestão mais amplo, do qual fazem parte. Os atos de gestão mais rotineiros e que não apresentam maiores complexidades, geralmente, estão situados dentro de um modelo de gestão e são definidos pela ciência da administração como *decisões programadas*. Já os atos mais complexos, que demandam uma reflexão mais profunda e meticulosa, são definidos como *decisões não programadas*.

3. O núcleo conceitual da figura denominada *ato anormal de gestão* está baseado na ideia de *ato contrário aos interesses da empresa* e do qual resulte uma ausência de contrapartida adequada em transações praticadas com terceiros ou com partes que mantém algum vínculo de proximidade com ela (sócios, acionistas, administradores e parentes até o terceiro grau). Essa ausência de contrapartida adequada indica duas espécies de anormalidades, que equivalem a uma *renúncia de receita* ou uma *perda que poderia ser evitada*, ambas considerando os parâmetros de mercado de uma economia capitalista. Assim, o principal tributo impactado pelo ato anormal de gestão é o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas (“IRPJ”). A doutrina francesa divide essas duas espécies de anormalidades em dois grandes grupos: as *anormalidades qualitativas* e as *anormalidades quantitativas*. A anormalidade qualitativa é uma anormalidade de princípio ou presumida, ou seja, não se indaga a respeito dos montantes envolvidos no ato: ou toda a receita que o contribuinte poderia ter ganho é tributada ou toda a perda não será dedutível do lucro tributável. Já a anormalidade quantitativa pressupõe o exame dos montantes envolvidos nos atos de gestão. Portanto, o que deve ser avaliado não é se a conduta do contribuinte foi diferente daquela adotada pela maioria dos contribuintes, mas sim se ele agiu buscando proteger os interesses da empresa.
4. No direito brasileiro, a noção de *interesse da empresa* não está definida de forma clara e contundente na lei societária. Os artigos 115 e 154 da Lei nº 6.404/76 apenas mencionam a expressão, sem, contudo, definir o seu significado. Assim, o conceito de *interesse da empresa* pode apresentar variações e não é possível precisar, com exatidão e *a priori*, quando o administrador terá agido ou não no interesse da empresa. Tudo dependerá da análise das circunstâncias que cercaram o caso concreto.
5. A doutrina estrangeira inclui ainda no conceito de ato anormal de gestão aquele que de qualquer forma tenha exposto a empresa a um risco manifestamente excessivo. Entendemos que o risco somente pode ser considerado *manifestamente excessivo* se o administrador não tomou as medidas necessárias para minimizar os efeitos de eventuais perdas decorrentes do ato praticado. A adoção de medidas com esse objetivo afasta a anormalidade, pois revela que o ato foi fruto de uma decisão *informada, refletida e fundamentada*. De qualquer forma, o questionamento de um ato de gestão

baseado unicamente no fundamento do risco excessivo deve ser visto com extrema cautela, na medida em que, da mesma forma que o ato pode ter gerado uma grande perda, também poderia ter gerado ganhos expressivos que seriam submetidos à tributação pelo IRPJ. Além disso e ressalvadas as hipóteses de dolo, fraude, simulação, dissimulação ou abuso de direito, a tomada de risco, ainda que excessivo, somente pode ser base para uma exigência fiscal fundamentada na anormalidade caso exista lei expressa nesse sentido.

6. A decisão *informada, refletida e fundamentada* afasta a normalidade do ato porque ela se insere na esfera mínima de liberdade que o administrador de empresas tem para a condução dos negócios da pessoa jurídica. Essa esfera é protegida contra a ingerência de terceiros, inclusive das autoridades fiscais, pelo princípio da liberdade de gestão, cujo equivalente, na negativa, é representado pelo princípio da não intervenção de terceiros nos atos de gestão da companhia, o qual também é uma construção da jurisprudência francesa. O princípio da liberdade de gestão encontra seu fundamento nos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que consagram a liberdade de iniciativa e livre exercício da atividade econômica, podendo ser identificado também no artigo 158 da Lei nº 6.404/76. Referido princípio encontra paralelo na regra do direito norte-americano conhecida como *business judgement rule*, que protege os administradores de empresas contra questionamentos de terceiros em relação a seus atos de gestão. Na maioria das vezes, esse questionamento é feito muitos anos após o ato ter sido praticado, e a recomposição das circunstâncias que levaram o administrador a decidir desta ou daquela maneira é muito difícil. Por isso, essa regra, tanto quanto o princípio da liberdade de gestão na França, impede que terceiros, inclusive as autoridades fiscais, questionem o mérito das decisões negociais tomadas no passado com base em critérios de oportunidade e conveniência, pois tais decisões são de competência exclusiva dos administradores da empresa e não de terceiros ou do Estado enquanto titular do poder de tributar.
7. Considerando o pressuposto do *interesse da empresa* como núcleo conceitual do ato anormal de gestão, é possível identificar, no sistema jurídico brasileiro, normas com a finalidade de controlar a prática de atos anormais, tanto em transações com pessoas vinculadas à empresa, como terceiros não vinculados, a saber: Distribuição Disfarçada de Lucros (artigo 60 e seguintes do Decreto-lei nº 1.598/77), Preços de Transferência

(artigo 18 e seguintes da Lei nº 9.430/96), Regime de Interdependência para apuração das bases de cálculo do ICMS e do IPI em transações com pessoas vinculadas, e regras para a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ (artigo 47 da Lei nº 4.506/64). Não existem, contudo, regras explícitas destinadas a controlar outras espécies de ato anormal de gestão como, por exemplo, o perdão de dívida (com exceção daquelas decorrentes de prestação de serviços – artigo 10 do Decreto-lei nº 5.844/43) e o ato que expõe a empresa a risco manifestamente excessivo.

8. Entendemos que a responsabilidade tributária pela prática de atos anormais de gestão deve partir de uma compreensão mais profunda a respeito do artigo 135, III do Código Tributário Nacional, através de sua interpretação histórica e sistemática. Essa interpretação nos leva à doutrina e jurisprudência de direito privado anterior ao advento do Código Tributário Nacional, as quais admitem a responsabilização da empresa, desde que presentes certos pressupostos, a saber: (i) se o ato foi praticado de acordo com o interesse da pessoa jurídica; (ii) se ela obteve algum proveito em decorrência do ato e (iii) se foi considerada a efetiva condição patrimonial ou financeira da pessoa jurídica para arcar com o pagamento do débito. Para tanto, é preciso que se faça a instauração de procedimento prévio destinado a averiguar a presença dessas circunstâncias e somente a partir do esgotamento desse procedimento prévio é que se poderá estabelecer, com segurança, de quem será a responsabilidade tributária pela prática de tais atos. Assim, concluímos que a responsabilidade prevista no artigo 135, III, se pessoal dos administradores ou da pessoa jurídica, não é algo que possa ser definido *a priori*.

9. Os artigos 145 § 1º (princípio da capacidade contributiva) e 150, II (princípio da igualdade em matéria tributária) da Constituição Federal de 1988 são os fundamentos de validade das normas de controle do ato anormal de gestão praticado entre pessoas vinculadas presentes no sistema jurídico brasileiro. O princípio da igualdade opera no sentido de equiparar terceiros e partes vinculadas *perante* a empresa, dispensando-lhes o mesmo tratamento tributário, ao mesmo tempo em que mantém o distanciamento e neutralidade necessários para preservar os interesses da empresa no contexto de uma economia capitalista. E o princípio da capacidade contributiva, na medida em que impede a manipulação de preços em transações com partes vinculadas, evitando que o tributo incida sobre valores artificiais e manifestações de riqueza fictícias.

10. O artigo 47 e os parágrafos da Lei nº 4.506/64, assim como o artigo 9º e parágrafos da Lei nº 9.430/96 são as normas da legislação tributária brasileira destinadas a controlar os atos anormais de gestão praticados pela pessoa jurídica com terceiros (partes não relacionadas ou que não possuem qualquer vínculo de proximidade com a empresa). Ao mesmo tempo em que tais normas permitem a dedução de despesas operacionais e perdas no recebimento de créditos na base de cálculo do IRPJ, elas condicionam essa dedutibilidade a certos pressupostos, de modo a alinhar dois interesses e direitos distintos, quais sejam: o da União Federal, enquanto titular da competência para instituir e exigir o imposto sobre a renda, e o da pessoa jurídica, que consiste em recolher o referido tributo apenas sobre parcelas que representem efetivo acréscimo patrimonial, pois o contrário seria exigir tributo com efeito de confisco. Assim, os fundamentos de validade dessas normas residem nos artigos 150, IV, e 153, III, da Constituição Federal: o primeiro porque, ao permitir a dedutibilidade de despesas operacionais e perdas no recebimento de créditos, impedem que o imposto sobre a renda tenha efeito confiscatório, e o segundo, porque permitem à União Federal exercer plenamente a sua competência para a instituição e exigência desse tributo, porém, apenas e tão somente sobre parcelas que representem renda ou lucro (acrécimo patrimonial).

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A (e as ações correlatas)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADAMS, John. **Risco**. São Paulo: Senac, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Imposto sobre a Circulação de Mercadorias – ICMS. Substituição Tributária. Base de Cálculo. Pauta Fiscal. Preço Máximo ao Consumidor. Diferença Constante entre o Preço usualmente Praticado e o Preço Constante da Pauta ou o Preço Máximo ao Consumidor Sugerido pelo Fabricante. Exame de Constitucionalidade*. **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 123, São Paulo: Dialética, pp. 122-134, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 1999

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Teoria geral do direito tributário**. 3ª ed.. São Paulo: Lejus, 1998.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa (análise jurídica da empresarialidade)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 50, São Paulo: Malheiros, 1983, pp. 75-105.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC, 1979.

BUR, Christian. **L'Acte Anormal de Gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise**. Paris: Édition Formation Entreprise, 1999.

CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. Trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas e Luiz Octávio Ferreira Barreto Leite. 3ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nºs 9.457, de 5 de maio de 1997 e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CHENG, Ângela e MENDES, Márcia Martins. *A importância e a responsabilidade da gestão financeira na empresa*. Trabalho apresentado na XVIII Conferência Interamericana de Contabilidade, Paraguai. **Caderno de Estudos**. FIPECAFI/FEA-USP, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 57-74.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva: 2009.

COUTO SILVA, Alexandre. **Responsabilidade dos Administradores de S/A**: business judgment rule. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 56, São Paulo: Malheiros, 1984, pp. 47-62.

FANUCCHI, Fabio. **Imposto de Renda das Empresas**. São Paulo: Resenha Tributária, 1968.

FIUZA, Ricardo e DE LUCCA, Newton. **Código Civil comentado**. Coord. até a 5ª edição Ricardo Fiuza. 6ª ed., revista e atualizada; coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 9ª ed.. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994

GOMES DE SOUZA, Rubens. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. São Paulo: Resenha Tributária, Comentários, pp. 296-301, 1971.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Certos aspectos da disciplina dos preços de transferência em face do ordenamento constitucional brasileiro. Tributos e preços de transferência, 2º volume.** Coords. Luís Eduardo Schoueri e Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 217-242.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário.** 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2008

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** Trad. Edson Bini; apresentação, Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas.* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 42, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 74.

HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KRUGER, Hervé. **Liberte de Gestion et Endettement des Entreprises en Droit Fiscal.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada.* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 49-54.

_____. *Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 60.112 – Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, pp. 79-82.

LIMA GONÇALVES, José Artur. **Imposto Sobre a Renda – pressupostos constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

LOSCHAK, Danièle. **Droit, normalite et normalisation.** Le droit en process. Paris: PUF, 1984, pp. 51-77.

Acesso também em www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/13/loschak.pdf.

_____. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** Comentários ao vocábulo *normalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 531-537.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades anônimas – comentários à lei (arts. 121 a 188), vol. 2.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 28ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Leonardo Nunes. *A Responsabilidade dos Membros da Sociedade Limitada pelas Obrigações Tributárias e o Novo Código Civil*. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n° 111, São Paulo: Dialética, 2004, pp. 60-78.

MASSON, Charles Robbez. **La Notion d'évasion Fiscale en Droit Interne Français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Atualizado por Ruyamar de Lima Nucci. Volume II, tomo III. Campinas: Bookseller, 2001.

MENEZES, José Alberto Bastos de Menezes. *Os atos de liberalidade nas sociedades anônimas*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n° 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 49/63.

MITA, Enrico de. **O Princípio da Capacidade Contributiva. Princípios e Limites da Tributação**. Coord. Ferraz, Roberto Catalano Botelho. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 223-256.

MONTANA, Patrick J. e CHARNOV, Bruce H. **Administração**. 3ª ed.; trad. Cid Knipel Moreira; revisão técnica Álvaro Pequeno da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARNET, Gabriel. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Comentários ao vocábulo *normalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 537-540.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Elisão Tributária e Função Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2001.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTE, Vera. SANTOS, Edilene Santana. **Modelo de Decisão em Gestão Econômica**. **Caderno de Estudos**, São Paulo: FIPECAFI, v. 10, n° 19, 1998, pp. 43-56.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, tomo L – Direito das Obrigações: Sociedade por ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2007.

PRADO, Viviane Muller. *Grupos societários: análise do modelo da Lei nº 6.404/1976*. **Revista Direito GV**, v.1, n.2, 2005, pp. 5-28.

REILLE, Florence. **La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives**. Montpellier: Litec Groupe LexisNexis, 2006.

ROLIM, João Dácio. **Normas Antielisivas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2001.

SAMPAIO CAMPOS, Luiz Antonio. **Direito das Companhias**. Coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto de. **Distribuição Disfarçada de Lucros e Imposto de Renda**. 2ª ed.. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

SANTOS, Roberto Vatan dos. **Modelo de decisão para gestão de preço de venda**. São Paulo, 1995. Dissertação [Mestrado] – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Distribuição Disfarçada de Lucros**. 1ª ed.. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed.. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. **Planejamento fiscal através de acordos de bitributação – Treaty shopping**. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, De Plácido . **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

SLERCA JÚNIOR, Mário. *Controle judicial dos atos empresariais – Atos relativos à orientação dos negócios sociais e ao aproveitamento de oportunidades comerciais – As primeiras decisões da Justiça brasileira*. **Revista dos Tribunais**, 640, 1989, pp. 57-61.

SOUZA, Hamilton Dias de. FUNARO, Hugo. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Responsabilidade Tributária dos Sócios e Administradores*. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 137, São Paulo: Dialética, 2007, pp. 38-64.

STEINMETZ, Wilson. *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais*. In: Afonso da Silva, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 10-53.

SZTAJN, Rachel e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Código civil comentado, volume XI: direito de empresa, artigos 887 a 926 e 966 a 1.195**. Colaboração de Eliseu Martins; coord. Álvaro Villaza Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

TAVARES, Alexandre Macedo. *Dívida Fiscal Societária e a Natureza Jurídica Específica da Responsabilidade dos Sócios-Gerentes e Diretores: Solidariedade Incontestada ou Substitutividade Excepcional?* **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 75, São Paulo: Dialética, 2001, pp. 20-27.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito quântico**. 8ª ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada – Simulação – Elusão Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro Tributário.** 12ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ULHOA CANTO, Gilberto de. **Estudos e pareceres de direito tributário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

VARGAS, Manoel. **Direito das Companhias.** Coords. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 2.051-2.071.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por Ações.** São Paulo: Forense, 1953.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito Económico.** 2ª ed.. Coimbra: 1996.

VENTURA RIBEIRO, Renato. **Dever de diligência dos administradores de sociedades.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. **A Responsabilidade Tributária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil – Livro II – Do Direito de Empresa – Arts. 966 a 1.195 – Vol. XIV.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O empresário, a empresa e o Código Civil.* **Revista Forense**, vol. 100, n° 372, Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 51-61.

WINKLER, Noé. **Imposto de renda: doutrina, comentários, decisões e atos administrativos, jurisprudência (Conselho de Contribuintes, Poder Judiciário): baseado no regulamento baixado com o Decreto n° 3.000, de 26 de março de 1999.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva.** São Paulo: Dialética, 2001.