



Interpretação econômica no Direito Tributário nasceu em 1935

Em 7 de janeiro de 1935, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou o caso *Gregory v. Helvering* (293, U. S. 465). Fixou-se modelo de interpretação econômica do Direito Tributário. Aplicou-se a doutrina do propósito negocial (*business purpose*) e da substância sobre a forma (*substance over form*). A substância negocial, e não a formatação jurídica do negócio, é que ensejaria o alcance fiscal das transações, segundo se decidiu. Aplicou-se também, embora indiretamente, a doutrina da *fraus legis*, da fraude à lei, típica da tradição normativa continental[1]. Na tradição do *common law*, especialmente desde o caso *Gregory v. Helvering*, vige princípio que dá conta de que *Courts looks to facts, not to labels*, isto é, tribunais levam em consideração aos fatos, e não aos rótulos. Em outras palavras, o que vale é a substância, e não a forma. O caso possibilita que se explore as tênues diferenças que marcam a licitude e a ilicitude na elisão fiscal[2].

Deve-se levar em conta a época do julgamento[3]. O caso foi discutido na Suprema Corte em dezembro de 1934. E a decisão é de janeiro do ano seguinte. Os Estados Unidos, sob a Presidência de Franklyn Delano Roosevelt[4], ao longo do *New Deal*[5], lutavam contra a recessão de 1929[6]. Exigia-se imaginação institucional, questionava-se o sentido da América, confirmava-se se o modelo americano era experiência ou destino[7]; a Suprema Corte era o palco do debate[8]. Medidas de efeito pedagógico eram necessárias. Fulminava-se a legislação da década de 1920, que permitia arranjos negociais, realocação de ações e recursos entre várias empresas, o que fomentou frenético mercado de ações[9]. O liberalismo era questionado[10]. O intervencionismo proposto por John Maynard Keynes protagonizava sua versão jurídica. Triunfava o realismo jurídico norte-americano, isto é, o pragmatismo da tradição de Charles Pierce e de William James colocado em termos jurídicos[11].

Nos termos da decisão da Suprema Corte, em cuja tessitura principia-se com os fatos que antecederam a discussão, a interessada era Evelyn Gregory, uma senhora que em 1928 detinha todas as ações de uma empresa chamada *United Mortgage Corporation*. Essa última detinha mil ações de uma outra empresa, *Monitor Securities Corporation*. Evelyn Gregory criou uma terceira empresa, *Averril Corporation*. Três dias depois, transferiu as mil ações da *Monitor* para a *Averril*. Logo em seguida, Evelyn Gregory dissolveu a *Averril*, liquidando os ativos dessa nova empresa, transferindo-os para si mesma. Ato contínuo, Evelyn Gregory vendeu a terceiro as ações da *Monitor*, por cerca de US\$ 133 mil.

Com base na legislação do imposto de renda então vigente, e que excluía da base de cálculo resultados decorrentes de transações de ações que decorriam de reorganização de empresas, Evelyn Gregory pretendia diminuir o impacto tributário dos negócios que fizera. Com efeito, do ponto de vista formal, não havia nenhum problema. Cumpria-se o disposto na legislação norte-americana de imposto de renda. Por outro lado, como se verá, entendeu-se que a interessada abusava das formas, e que não atendia a propósitos negociais legítimos.

Em primeira instância, junto a braço administrativo, *The Board of Tax Appeals*, Evelyn Gregory fora vencedora. Entendeu-se que a interessada havia pautado seus negócios nos termos exatos do que se permitia. A legislação remontava a meados da década de 1920, quando se tinha por objetivo a facilitação do trânsito empresarial, por meio de reorganizações societárias, que se faziam, preponderantemente, por



intensa atividade no mercado de ações. Em segunda instância, no entanto, junto à Corte de Apelação (*The United States Court of Appeals for the Second Circuit*), reviu-se a decisão anterior. Evelyn Gregory levou a questão para a Suprema Corte, que manteve a decisão de segunda instância, decidindo definitivamente em favor das autoridades fazendárias.

Segue, em versão livre minha, a primeira parte da decisão da Suprema Corte, que indica os limites da discussão:

Em 1928 a recorrente era proprietária de todas as ações da United Mortgage Corporation. A empresa detinha em seu ativo 1.000 ações da Monitor Securities Corporation. Com o único propósito de transferir essas ações para si, de modo a vendê-las com intuito de lucrar individualmente e, ao mesmo tempo, diminuir a quantia devida de imposto de renda que resultaria de uma transferência direta dessas ações, por meio de dividendos, a recorrente pretendeu articular uma 'reorganização' nos termos do disposto na seção 112 (g) da Lei do Imposto de Renda de 1928 (...) adiante indicada nessa decisão. Para tais fins a recorrente organizou a Averill Corporation, de acordo com as leis de Delaware, em 18 de setembro de 1928. Três dias depois, a United Mortgage Corporation transferiu para a Averill Corporation as 1.000 ações da Monitor, para o que todas as ações da Averill foram transferidas para a recorrente. No dia 24 de setembro a Averill Corporation foi dissolvida, e subseqüentemente liquidada, mediante a distribuição de seus ativos para a recorrente, nomeadamente, as ações da Monitor. Nenhum outro negócio foi feito pela Averill, e nem mesmo houve intenção em fazê-lo. A recorrente imediatamente vendeu as ações por U\$ 133,333,33. Para efeitos de imposto de renda, a recorrente declarou, a título de ganho de capitais, a soma de U\$ 76.007,88 (...) Maiores pormenores não são necessários. Não se discute se a utilização do modelo de 'reorganização' fosse inexistente a recorrente seria responsável por uma soma de imposto de renda muito maior como resultado da transação [\[12\]](#).

As autoridades fazendárias norte-americanas, quando tomaram conhecimento dos fatos, no processamento das informações de Evelyn Gregory, entenderam que a reorganização empresarial que se informava não se dera efetivamente na vida real. O negócio carecia de substância. Não se manifestava concretamente. Não poderia ser acatado, nada obstante autorizado pela legislação vigente à época dos fatos. Nos termos da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos:

A autoridade fazendária, opinando que a reorganização empresarial que se pretendia não continha substância e que deveria ser desconsiderada, sustentou que a recorrente deveria ser tributada como se a United tivesse a ela pago dividendos, que consistiam na quantia obtida pela venda das ações da United. Em procedimento anterior (...) junto à Corte Administrativa, rejeitou-se a tese das autoridades fazendárias e manteve-se a posição da recorrente (...) Posteriormente, o Tribunal de Apelação daquele circuito acatou a tese da autoridade fazendária, revertendo a decisão da Corte Administrativa, decidindo que não houve 'reorganização' na concepção da legislação vigente (...) O recorrente trouxe a questão para a Suprema Corte, por meio de writ of certiorari, ao que a recorrida, isto é, o Governo, considerando a importância da questão, não se opôs. Conhecemos do recurso (...) [\[13\]](#).

No entender da Suprema Corte dos Estados Unidos, a seção 112 da lei do imposto de renda vigente em 1928 tratava de perdas e danos, decorrentes da venda ou troca de propriedade. Perdas e ganhos compunham a base calculável do imposto da renda, positiva ou negativamente, a menos que se implementassem algumas condições previstas na lei. De fato, não se tributavam ganhos decorrentes da



venda ou distribuição de ações, realizadas com o objetivo de se reorganizarem as sociedades.

Definia-se também reorganização empresarial, no sentido de que se evidenciasse transferência de uma empresa para outra, da integralidade ou de parte das ações. Devia-se manter, porém, o controle acionário das empresas, por parte das mesmas pessoas, físicas ou jurídicas, que exerciam anteriormente o controle das ações transferidas.

Em favor dos contribuintes militaria presunção de que os motivos que suscitaram as operações de reorganização societária não alterariam o montante de tributo devido. A Suprema Corte reconhecia o direito que o contribuinte tinha de diminuir sua carga tributária, reorganizando seus negócios, como previsto na legislação de regência. No entanto, caberia à administração fazendária averiguar se haveria outras intenções, por parte do contribuinte, no sentido de valer-se das operações fiscalmente permitidas, apenas com o objetivo de se reduzir a carga fiscal, e sem considerações para com a substância dos negócios feitos. Assim, nas palavras do Juiz Sutherland:

A seção 112 da lei do imposto de renda de 1928 (26 USCA 2112) cuida de perdas e ganhos resultantes da venda ou troca de propriedade. Tais perdas e ganhos devem ser reconhecidas para o cálculo do tributo devido, exceto como disposto na própria seção 112. As disposições de tal seção, tanto quanto guardam pertinência com a questão aqui apresentada, seguem: Seção 112 (...) (g) Distribuição de ações em reorganização empresarial. No caso de distribuição de ações, em consequência de plano de reorganização empresarial, para acionista de empresa que passa pela reorganização, de ação ou apólice, da respectiva empresa ou de outra empresa, participante da reorganização, sem que tenha havido entrega das ações ou apólices, por parte do acionista da empresa, não se reconhecem ganhos em favor do donatário (...) (i) Definição de Reorganização. Como usado nessa seção (...) (1) A expressão 'reorganização' significa ... (b) a transferência por parte de uma empresa de todos ou de parte de seus bens para outra empresa, se imediatamente em seguida à transferência por parte do cedente ou dos acionistas, ou de ambos, que controlem a empresa para a qual os bens foram transferidos ... 26 USCA 2112 (g), (i) (1). É sinceramente reconhecido, em favor do contribuinte que, uma vez adimplidos cada um dos requisitos indicados no item (b), realizou-se uma reorganização empresarial como determinada pela lei; e que o motivo pelo qual o contribuinte diminui a quantia de tributos devidos não altera o resultado (...) ou torna ilegal o que a lei permite. É absolutamente verdadeiro que se uma reorganização empresarial fora na realidade afetada no contexto do significado do item b, o propósito posterior será desconsiderado. O direito de o contribuinte diminuir o que de outra maneira seria a quantidade de tributos devidos, ou mesmo completamente evitá-los, nos termos do que permitido por lei, não pode ser objeto de dúvida (...) Porém, a questão referente à identificação do que foi feito, além do objetivo de se diminuir a carga fiscal, fora justamente o que a lei pretendia alcançar. A argumentação desta Corte, adiante exposta, justificativa de uma resposta negativa, deixa muito pouco para ser dito^[14]

A Suprema Corte norte-americana reconhecia o direito do planejamento, da utilização dos recursos permitidos por lei, conquanto que meios escolhidos e fins almejados não revelassem simulação, com os únicos propósitos de se diminuir a carga tributária. A legislação tributária atendia a objetivos empresariais, típicos do modelo capitalista concorrencial que se desenvolvia nos Estados Unidos da



América, no início do século XX. A lei facilitava a vida negocial. Restringia a pretensão fiscalista do Estado, em favor dos objetivos empresariais. Era norma típica do modelo normativo liberal. E não poderia ser utilizada para propósitos outros, que não os vinculados à concepção liberal de capitalismo que se desdobrava na cultura empresarial norte-americana. Nesse sentido, prosseguia o Juiz Sutherland:

Quando o item b trata da transferência de bens de uma empresa para outra, isso significa uma transferência feita 'com o objetivo de se fazer uma reorganização empresarial' (seção 112 (g) de empresa incorporada; e não mera transferência de bens de uma empresa para outra na busca de um plano de reorganização que não se relacione aos negócios de nenhuma das empresas envolvidas, como claramente demonstrado no caso presente. Colocando-se de lado, então, a questão relativa aos motivos, com relação à tributação total, e fixando-se a natureza do método por meio do qual os fatos efetivamente se deram, o que encontramos? Apenas uma operação que não tinha nenhum objetivo empresarial. Um mero mecanismo pelo qual usou-se a fórmula de uma reorganização empresarial, como disfarce para se encobrir seu objetivo real, e o único objeto e resultado do qual fora a realização de um plano pré-concebido, e não a reorganização de uma empresa, ou de parte dela, porém apenas a transferência de parcela de ações da empresa para a recorrente. Não há dúvidas, uma nova e legítima empresa fora criada. Porém tal empresa nada mais era do que uma invenção para os fins mais tarde descritos. A nova empresa fora criada com nenhum outro propósito; essa empresa não serviu, como cogitado desde o início, para nenhuma outra função. Quando tal função reduzida fora exercida, a empresa imediatamente morreu, deixou de existir[\[15\]](#).

Os fatos explicitavam as intenções da recorrente, no entender da Suprema Corte dos Estados Unidos. A intenção de Evelyn Gregory consistia em se utilizar permissivo legal, com objetivo distinto daquele previsto originariamente. No choque entre realidade e artifício formal, a corte decidiu por aquele primeiro:

Nessas circunstâncias, os fatos falam por eles mesmos e permitem apenas uma única interpretação. O único empreendimento, embora conduzido nos termos do item b da seção 112, fora de fato uma forma elaborada e errônea de transposição simulada como uma reorganização societária, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da elisão fiscal não guarda pertinência com a situação presente, porquanto a transação em sua essência não é alcançada pela intenção pura da lei. Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação do artifício em desfavor da realidade, bem como se retirar da previsão legal em questão qualquer propósito mais sério. É mantido o julgamento de segunda instância[\[16\]](#).

A decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Gregory v. Helvering* é marco divisório na concepção jurisprudencial de restrição ao planejamento tributário. Nada obstante reconhecer o direito do contribuinte de planejar seus negócios, de modo a recolher menos tributos, a referida decisão impõe limites para o referido planejamento. As fórmulas negociais eleitas devem atender ao sentido originário de leis fiscais, concebidas para a otimização da arrecadação, enquanto mecanismo de repartição social dos custos da vida social.



-
- [1] Cf., por todos, J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planejamento Fiscal- Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- [2] Marcus Abraham, *O Planejamento Tributário e o Direito Privado*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 233 e ss.
- [3] Para um panorama do momento, Jean Edward Smith, *FDR*, New York: Random House, 2008, pp. 278 e ss.
- [4] William E. Leuchtenburg, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York: Harper and How, pp. 63 e ss.
- [5] G. Edward White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp.165 e ss.
- [6] Arthur M. Schlesinger Jr., *The Coming of the New Deal*, Boston: Mariner Book, 2003, pp. 456 e ss.
- [7] Arthur M. Schlesinger Jr., *The Cycles of American History*, Boston: Mariner Book, 1999.
- [8] Lucas A. Powe, Jr. *The Supreme Court and the American Elite- 1798-2008*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 177 e ss.
- [9] Robert Allen Rutland, *The Republicans- from Lincoln to Bush*, Columbia: University of Missouri Press, pp. 181 e ss.
- [10] Duncan Kennedy, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought*, Washington: Beard Books, 2006.
- [11] A trajetória do realismo confunde-se com a obra e a ação de Jerome Frank, especialmente em âmbito de atuação no *New Deal*. Cf. Robert Jerome Glennon, *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank Impacto on American Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1985.
- [12] Versão livre minha. No original: Petitioner in 1928 was the owner of all the stock of United Mortgage Corporation. That corporation held among its assets 1,000 shares of the Monitor Securities Corporation. For the sole purpose of procuring a transfer of these shares to herself in order to sell them for her individual profit, and, at the same time, diminish the amount of income tax which would result from a direct transfer by way of dividend, she sought to bring about a 'reorganization' under section 112(g) of the Revenue Act of 1928 (...) set forth later in this opinion. To that end, she caused the Averill Corporation to be organized under the laws of Delaware on September 18, 1928. Three days later, the United Mortgage Corporation transferred to the Averill Corporation the 1,000 shares of Monitor stock, for which all the shares of the Averill Corporation were issued to the petitioner. On September 24, the Averill Corporation was dissolved, and liquidated by distributing all its assets, namely, the Monitor shares, to the petitioner. No other business was ever transacted, or intended to be transacted, by that company. Petitioner immediately sold the Monitor shares for \$133,333. 33. She returned for taxation, as



capital net gain, the sum of \$76,007.88 (...) Further details are unnecessary. It is not disputed that if the interposition of the so-called reorganization was ineffective, petitioner became liable for a much larger tax as a result of the transaction.

[13] Versão livre minha. No original: The Commissioner of Internal Revenue, being of opinion that the reorganization attempted was without substance and must be disregarded, held that petitioner was liable for a tax as though the United corporation had paid her a dividend consisting of the amount realized from the sale of the Monitor shares. In a proceeding before the (...) Board of Tax Appeals, that body rejected the commissioner's view and upheld that of petitioner (...) Upon a review of the latter decision, the Circuit Court of Appeals sustained the commissioner and reversed the board, holding that there had been no 'reorganization' within the meaning of the statute (...) Petitioner applied to this court for a writ of certiorari, which the government, considering the question one of importance, did not oppose. We granted the writ (...)

[14] Versão livre minha. No original: Section 112 of the Revenue Act of 1928 (26 USCA 2112) deals with the subject of gain or loss resulting from the sale or exchange of property. Such gain or loss is to be recognized in computing the tax, except as provided in that section. The provisions of the section, so far as they are pertinent to the question here presented, follow: 'Sec. 112. ... (g) Distribution of Stock on Reorganization. If there is distributed, in pursuance of a plan of reorganization, to a shareholder in a corporation a party to the reorganization, stock or securities in such corporation or in another corporation a party to the reorganization, without the surrender by such shareholder of stock or securities in such a corporation, no gain to the distributee from the receipt of such stock of securities shall be recognized. ... '(i) Definition of Reorganization. As used in this section ... '(1) The term 'reorganization' means ... (B) a transfer by a corporation of all or a part of its assets to another corporation if immediately after the transfer the transferor or its stockholders or both are in control of the corporation to which the assets are transferred. ... ' 26 USCA 2112(g), (i) (1). It is earnestly contended on behalf of the taxpayer that since every element required by the foregoing subdivision (B) is to be found in what was done, a statutory reorganization was effected; and that the motive of the taxpayer thereby to escape payment of a tax will not alter the result or make unlawful what the statute allows. It is quite true that if a reorganization in reality was effected within the meaning of subdivision (B), the ulterior purpose mentioned will be disregarded. The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted. (...) But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended. The reasoning of the court below in justification of a negative answer leaves little to be said.

[15] Versão livre minha. No original: When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made 'in pursuance of a plan of reorganization' (section 112(g) of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose—a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to



the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function. When that limited function had been exercised, it immediately was put to death.

[16] Versão livre minha. No original: In these circumstances, the facts speak for themselves and are susceptible of but one interpretation. The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose. Judgment affirmed.

Date Created

15/09/2010