

Caso Moore v. EUA e o princípio da realização: *non possumus*

07/07/2024

Há questões que teimam em se perpetuar. Nem o tempo, nem a reflexão serena põem fim à dúvida. Resistem, ainda que críticas severas lhes sejam impostas. Eis que o debate sobre a realização como requisito para a configuração da renda é um exemplo disso. Afinal, ao conceito de renda é necessária a realização?

Com o caso [Moore v. United States](#), a Suprema Corte dos EUA teve a chance de pôr fim à questão, ao menos, da perspectiva jurídica estadunidense. O debate remete à célebre disputa entre Edwin Robert Anderson Seligman e Henry Calvert Simons a respeito do conceito econômico de renda. Para Seligman, só haveria renda se houvesse realização (e separação), o que nos remete a imagem da floresta e a existência de renda apenas quando extraída e vendida a madeira. A mera valorização da floresta não pode ser tida como renda, ao menos, não antes da sua realização [1].



Divulgação

Para Simons, de outro lado, a renda se forma a partir da constatação do acréscimo patrimonial no período de apuração, independentemente da realização. Assim, a renda decorre, basicamente, da mensuração em determinado intervalo temporal dos gastos com consumo, do dinheiro poupado e da variação de valor dos ativos do contribuinte [2]. No início do século 20, com o [Eisner v. Macomber](#), a Suprema Corte estadunidense deu razão a Seligman. Entendeu pela inconstitucionalidade da tributação sem realização: a mera apuração de lucro de entidade (Standard Oil Company), ainda que tenham sido distribuídas ações à contribuinte em razão da capitalização dos lucros, não configura renda. Apenas com a venda das ações ou com a percepção de efetivos dividendos, pagos em distribuição de lucro, é que haveria renda tributável.

No contexto estadunidense, a discussão está centrada na diferença entre renda (*income*) e propriedade (*property*). A tributação sobre a renda está agasalhada pela [16ª emenda constitucional](#). A emenda dá competência ao Congresso para instituir a tributação sobre renda derivada (*derived*) de qualquer fonte (*whatever source*), sem repartição entre os estados federados. Já a tributação sobre a propriedade é considerada uma exação direta e, nos termos da *direct tax clause* ([artigo 1º, seção 9](#)), só é possível se efetivada proporcionalmente à população de cada estado; o que, na prática, inviabiliza a sua instituição. A distinção entre a tributação direta e a indireta se daria a partir da realização: não realizado, o imposto recairia sobre a propriedade, atraindo o óbice constitucional da *direct tax clause*.

É verdade que chegaram à Suprema Corte outros processos nos quais se discutia a exigência da realização para configuração da renda. Houve certa flexibilização em relação à realização como requisito constitucional. No [Helvering v. Horst](#), em caso de doação de título (*bond*) para escapar do imposto de renda sobre os juros, a Suprema Corte, ao admitir a tributação de juros pagos ao donatário como se renda do doador fosse, chegou a afirmar que a realização seria norma fundada em mera conveniência administrativa. Seria esse o fim da realização como pressuposto do conceito de renda?

Havia, assim, uma certa expectativa para que se decretasse o fim da realização no caso [Moore v. United States](#). Ao menos, era esperado que fosse enfrentado o requisito da realização no contexto da tributação de renda auferida por entidade sediada no exterior. Não foi o que aconteceu. A opinião que prevaleceu fugiu da discussão.

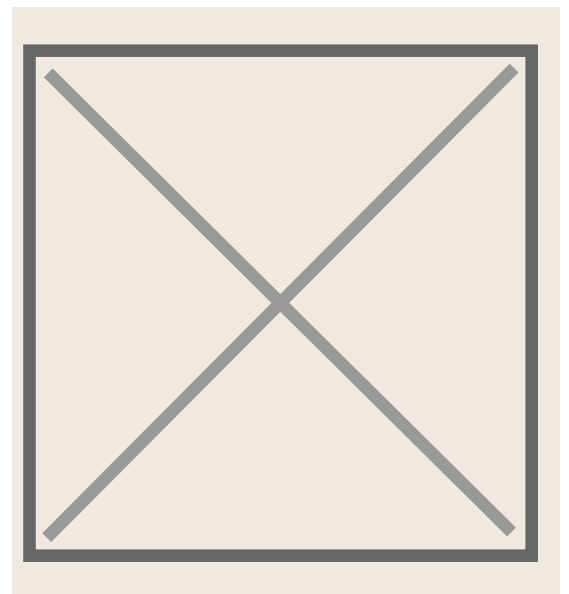
A matéria debatida envolvia a tributação de lucros apurados por entidade sediada no exterior, mas não distribuídos aos seus acionistas residentes nos EUA. Os acionistas seriam tributados pelo MRT (*Mandatory Repatriation Tax*), portanto, pelo lucro líquido da entidade estrangeira. Importante: nem os acionistas eram controladores, nem a renda era passiva. Não estava em jogo a regra CFC estadunidense ([Subpart F](#)).

Tributação de lucros realizados

O Justice Kavanaugh, expondo as razões que levaram à conclusão pela constitucionalidade da tributação, argumentou que o Congresso teria o poder de tributar os lucros realizados por uma entidade na pessoa dos seus sócios; i.e., poderia tratar a entidade estrangeira como transparente, tributando diretamente os acionistas (*pass-through tax*). Para suportar a opinião, trouxe as discussões envolvendo a tributação das *partnerships* – entidades transparentes para fins fiscais, cuja tributação recai diretamente sobre os *partners* – e o entendimento de que, ainda que haja restrição à distribuição dos lucros apurados pelas *partnerships*, a tributação dos *partners* seria constitucional [3]. Não discutiu a realização como requisito do conceito de renda, ainda que tenha trazido argumento *ad terrorem*: se admitida a tese dos contribuintes, diversas hipóteses de tributação previstas no IRC (Internal Revenue Code) seriam inconstitucionais; o que traria uma enorme dificuldade financeira [4].

O curioso é que, em relação aos vencedores, apenas a Justice Jackson declarou opinião relativizando o requisito da realização [5]. Na opinião dissidente dos Justices Thomas e Gorsuch, bem com, na opinião concorrente dos Justice Barret e Alito, a realização permanece como requisito para configuração da renda.

A opinião dissidente traz diversos argumentos sustentando a sua posição de inconstitucionalidade do MRT. Destacam-se o histórico e o literal em favor da realização como



requisito para configuração da renda: a 16ª emenda surge, exatamente, para fixar a diferença entre a tributação direta e a indireta, i. e., da renda em contraposição à sua fonte. Daí que o texto da emenda deixa evidente que a tributação deve recair sobre a renda derivada da fonte; e não sobre a fonte [6]. O termo ‘derivada’ consta na norma como sinônimo de realizada, conforme se constrói a partir da leitura dos dicionários da época [7].

A opinião concorrente também acolhe a realização como requisito, indicando os limites da competência do Congresso para tributar a renda, a partir do precedente *Eisner v. Macomber* [8]. Não obstante, a opinião concorrente parece não aderir a dissidente porque os contribuintes não atacaram a regra CFC como um todo, e não haveria tamanha diferença entre a MRT e a CFC para justificar a sua inconstitucionalidade [9].

Então, dos nove justices que compõem a Suprema Corte, apenas a Justice Jackson rechaçou a realização como requisito de renda tributável. Os justices Thomas, Gorsuch, Barret e Alito destacaram a realização como requisito, inclusive, ressaltando que o precedente *Eisner v. Macomber* governaria a solução da questão. Não se tem a opinião dos demais. Mas, neste cenário, não se pode descartar a realização como pressuposto para configuração da renda. Ao menos, ainda não. Obstinação, a realização teima em resistir.

Não se sabe se — e como — o debate estadunidense pode influenciar as discussões no Brasil. Embora os sistemas sejam diferentes, a própria redação do artigo 43 do CTN remete ao caso *Eisner v. Macomber* [10]. O debate sobre a constitucionalidade da tributação automática dos controladores — pessoas físicas residentes no Brasil — em relação aos lucros apurados pela controlada sediada no exterior, na forma da Lei nº 14.754/2023, traz um convite ao estudo de direito comparado. Será que aqui o princípio da realização resistirá?

[1] SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. Are stock dividends income? – The American Economic Review, vol. 9, n. 3, 1919, pp. 524/525. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1804674>. Acesso em 07 de agosto de 2023.

[2] SIMONS, Henry C.. Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy. Illinois : University of Chicago Press, 1962, p. 50.

[3] “(...) it has gone without serious question in both Congress and the federal courts that Congress can attribute the undistributed income of an entity to the entity’s shareholders or partners, and tax the shareholders or partners on their pro rata share of the entity’s undistributed income.”

[4] “(...) The logical implications of the Moores’ theory would therefore require Congress to either drastically cut critical national programs or significantly increase taxes on the remaining sources available to it—including, of course, on ordinary Americans (...)”

[5] “Thus, there is no constitutional requirement, from *Macomber* or otherwise, that a taxpayer “be able to sever . . . the gain from his original capital” in order to be taxed on it (...).”

[6] “With a full understanding of the context against which the Sixteenth Amendment was ratified, two conclusions become clear. First, because the Amendment abolished Pollock’s rule that an income tax must be classified as direct or indirect based on whether a tax on the source of that income would be direct or indirect, the Amendment created a constitutional distinction between income and its source. Second, because Sixteenth Amendment “income” must be distinguished from its source, the Amendment includes a realization requirement.”

[7] The text of the Sixteenth Amendment points to the concept of realization, as the Court explained that concept in *Macomber*. The Amendment is clear that the word “income” refers to something that is “derived.” Dictionaries at the time of ratification defined “derive” as “[t]o receive, as from a source or origin” and “to draw.” Webster’s New International Dictionary 601 (1913) (Webster’s). And, that sense of “derived” maps neatly onto *Macomber*’s realization-focused definition of “income” as being “received or drawn by the recipient (the taxpayer) for his *separate* use.” 252 U. S., at 207.

[8] “Our precedent suggests that Congress’s power to attribute a corporation’s income to its shareholders for tax purposes is limited. *Eisner v. Macomber* is the most recent case addressing this issue—and it was decided more than a century ago (...).”

[9] “(...) the Moores have conceded that subpart F is constitutional. (...) Given the Moores’ concession, they have not met that burden here. For that reason, I concur in the Court’s judgment affirming the judgment below.”

[10] Cf. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Imposto de renda – lucro da pessoa jurídica – compensação de prejuízo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 207, p. 383. e BRITO, Edvaldo. Hipótese do fato gerador do imposto sobre a renda, em 100 anos. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo (coords.). *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. – 1ª ed. – São Paulo : MP, 2022, pp. 282/283.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jul-07/caso-moore-v-eua-e-o-principio-da-realizacao-non-possumus/>