

Coordenação de
Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

25



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Sobre o Futuro da Tributação: a Figura dos Intangíveis¹

Marco Aurélio Greco

Advogado. Doutor em Direito. Professor da Escola de Direito em São Paulo da FGV-DireitoGV.

Resumo

Este artigo trata da tributação de bens intangíveis no sistema tributário brasileiro. O autor aborda os tipos de intangíveis e suas formas de avaliação. Traz, ainda, os problemas enfrentados pelas empresas em função da avaliação de intangíveis, sob a perspectiva do Direito Tributário.

Abstract

This paper deals with intangible assets taxation in Brazilian Tax System. The author describes the intangible assets types and the different forms of valuation. This papers brings also the issues faced by companies in terms of intangible assets valuation from a Tax Law perspective.

1. Introdução

O sistema tributário brasileiro é manifestamente analítico. Formado por uma centena de dispositivos, procura abranger a realidade captável pela tributação. Para tanto, utiliza termos cujo significado muitas vezes provoca perplexidades por sofrerem os percalços de uma evolução dos fatos mais veloz do que a construção semântica que os informa.

Isto está ocorrendo, a passos largos, com a noção de “mercadoria” para fins de tributação pelo ICMS e de “serviço”, seja para fins de incidência de ISS seja das contribuições ao PIS e da Cofins. Este é tema que, por si só, merece um amplo exame.²

Ao lado desta realidade, porém, cresce, cada vez mais, um conjunto de bens cujos valores assumem sempre maior dimensão e que, salvo pontuais regras tributárias, estão em grande medida fora do âmbito de incidência da tributação sobre o processo econômico de produção e circulação de riqueza.

Sobre eles é que se volta a presente exposição, obviamente, de caráter esquemático e prospectivo, mais como indicação de um norte do que apresentação de um caminho a ser desde logo seguido.

2. Intangíveis - O Tema

A primeira observação a fazer, quando se trata de uma análise sobre as incidências tributárias é olhar o que está ocorrendo fora do Direito Tributário. Vale dizer, no âmbito da atividade econômica em geral e dos bens que são objeto de negociação e transação no mercado.

¹ Texto elaborado a partir de conferência proferida no XII Simpósio do Instituto de Estudos Tributários do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, em 2003.

² Para uma breve análise deste tema, veja-se o meu *Internet e Direito*. 2ª edição, Dialética, São Paulo, 2000, pp. 52 e seguintes, e pp. 81 e seguintes.

Por isso, esta análise se distancia do Direito Tributário tradicional, para enveredar um pouco na nova economia, não na nova economia como tem sido vista (informática etc.), mas para tratar de um tema que - a rigor - não é novo.

Quando se menciona a figura dos “intangíveis”, não se está referindo a algo que seja novidade. Apesar disso, é preciso, desde logo, esclarecer que não vou restringir a análise àquilo que a doutrina do Direito Civil já explorou, há muitos séculos, no âmbito do conceito de “bens incorpóreos”.

Bens incorpóreos correspondem a um conjunto de bens, seguindo uma definição de Orlando Gomes, formado pelos direitos que as pessoas podem ter sobre as coisas. Os bens corpóreos são as próprias coisas objeto de direitos; bens incorpóreos são direitos que as pessoas podem ter sobre as coisas, sobre os produtos de sua inteligência ou contra uma outra pessoa.³

Não é este o tema exclusivo desta análise; não pretendo examinar apenas a tributação dos bens incorpóreos seja da perspectiva da sua titularidade, seja dos negócios jurídicos que os tenham por objeto.

O tema é mais amplo. Em grandes linhas, a ideia dos intangíveis abrange tudo que não possa ser fisicamente tocado, mas que tem um valor econômico aferível. Ou seja, tudo que não é possível captar fisicamente, mas que possui valor dentro do processo econômico e no mercado. Esta singela menção já aponta na direção de que, por ser algo que se identifica dentro do processo econômico com determinado valor, isto indica, automaticamente, que pode ser denotador de capacidade contributiva e, onde existir capacidade contributiva - diz a experiência tributária e a própria Constituição - há espaço para a tributação. Na medida em que, dentro do processo econômico, existe algum bem ou realidade com valor econômico, isto implica manifestação de capacidade contributiva e, portanto, abre-se (pelo menos em tese) um espaço para a tributação.

A análise que ora se realiza não visa apenas mostrar a possibilidade e a importância de tributar os bens incorpóreos. Aliás, esta, em muitos países já existe; basta mencionar a Sexta Diretiva Europeia sobre o IVA que, na cláusula relativa à prestação de serviços, contém expressa referência à tributação dos bens incorpóreos, representados ou não por um título. Trata de intangíveis; é muito mais do que isso.

Para tanto, porém, é preciso ter, no mínimo, um conceito (e não uma definição) de intangível para com ela principiar a uma circunscrição da parcela da realidade que possa merecer um tratamento específico. Intangível pode ser entendido como qualquer fator não físico que contribua, ou seja, empregado na produção ou prestação de serviços, ou de que se espere a geração de benefícios produtivos futuros aos indivíduos ou empresas que controlam o uso de tais fatores. Em suma, qualquer fator não físico da produção ou da prestação de serviços.

3. Importância do Tema

Para acentuar a importância do tema dos intangíveis basta fazer duas referências. A primeira é ao relatório publicado pelo *Committee of Fiscal Affairs* da OCDE

³ Veja-se, neste sentido, o seu *Introdução ao Direito Civil*. 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1974, p. 235.

que indica que em 2002 cerca de 22% do comércio internacional foi de serviços e não de mercadorias.⁴

Também merece referência um relatório, publicado em 2003 pela ONU,⁵ sobre avaliação de intangíveis. Ou seja, a grande preocupação, hoje, quando se discute caminhos da economia, é o significado do que são esses benditos bens.

4. Qual o Produto ou o Serviço “Melhor”?

O ponto de partida da análise do tema dos intangíveis, entendo, deva ser a realidade econômica e o mercado.

Mas é preciso identificar uma perspectiva a partir da qual olhar esta realidade. Esta parece-me ser o regime de competição. A competição no campo econômico supõe, em brevíssimas linhas, mais de um agente econômico que se apresente com produto ou serviço que seja de interesse do mercado.

Daí a grande pergunta: o que faz com que o mercado escolha um e não o outro produto ou serviço? A resposta é óbvia: o mercado tende a escolher o “melhor”. Mas melhor de que perspectiva? Qual a ótica a ser adotada para determinar qual é o melhor a ser escolhido pelo mercado?

É possível qualificar o “melhor” de duas perspectivas. De uma perspectiva objetiva, é aquele que apresenta qualidades materiais especiais ligadas à coisa ou ao serviço, vale dizer, algo “ligado ao quê ou ao como ele é”. Esta diferença de qualidade pode resultar do acesso a fontes de matéria-prima mais barata, de melhor qualidade, mais perto etc., ou a uma diferença no modo como a matéria-prima é tratada. Um determinado sabão em pó é visto como melhor, porque a matéria-prima com que é feito apresenta melhor qualidade, ou o modo como a matéria-prima foi tratada faz com que ele seja “melhor”.

Também é possível entender que o produto é escolhido como melhor, não por qualidades inerentes à coisa, mas por *dimensões de subjetividade* ligadas à pessoa que vê aquela coisa. Ou seja, escolhe-se não porque a qualidade seja melhor, mas porque a pessoa “prefere”.

Ora, alguém prefere o produto ou o serviço algumas vezes, porque está acostumado; outras vezes, porque confia; outras vezes, prefere porque trata-se do seu consumo tradicional etc. Então, na medida em que alguém escolhe consumir certo bem ou serviço, não por uma sua qualidade, mas a partir de uma perspectiva subjetiva de como ele “é visto”, a maneira pela qual o produto vai-se apresentar ao comprador será a razão diferencial da escolha e, portanto, será a razão diferencial da competição.

Salvo a primeira hipótese (qualidades objetivas ligadas à matéria-prima), que, durante muitos anos, foi elemento preponderante para gerar um diferencial na competição, pois algumas empresas conseguiam ter acesso a matéria-prima de melhor qualidade do que outras (o que hoje já não é tão relevante, pois frequentemente é possível ter acesso a matéria-prima de qualidade equivalente), nas outras

⁴ *The Application of Consumption Taxes to the International Trade in Services and Intangibles*, p. 2. Texto acessado em 16.6.2005.

⁵ *Intellectual Assets: Valuation and Capitalization*. Genebra e Nova Iorque, 2003.

duas, que são: tratamento da matéria-prima para obter um produto melhor, ou razões pelas quais o consumidor enxerga aquele produto como melhor - nestes dois grandes conjuntos, não há uma variável objetiva, o relevante é o *uso de inteligência* ou a *presença de variáveis subjetivas* não captáveis por uma mensuração física.

5. Diferencial na Competição

Neste ponto está o cerne da presente análise. A grande importância dos intangíveis está em serem a razão diferencial da competição. Ganha-se em termos de mercado, conquista-se o consumidor através de algo não palpável, de algo não aferível objetivamente.

Tome-se um exemplo singelo. Quando foi implantado o regime dos remédios genéricos, muitos consumidores, no começo da implantação, pura e simplesmente, não consumiam genéricos. Alguém diria: “A matéria-prima é exatamente igual. Por que você não compra o genérico?” “Não compro porque não conheço o laboratório, porque não sei quem está fabricando isso.” Ainda que apresentassem um laudo dizendo que aquele produto era exatamente idêntico ao outro, sob um nome diferente, a opção do consumidor se dava menos pela qualidade do produto e mais pela confiança, pela tradição e, em última análise, pela reputação do vendedor. Notem: reputação, confiança. Este é o intangível.

Diante desta realidade, o problema tributário está na circunstância de nosso ordenamento tributário (desde a repartição de competências até as incidências específicas) ter sido concebido a partir de variáveis objetivas. A tributação brasileira foi elaborada sob uma ótica de mundo como se só existissem bens palpáveis. Basta ver a discriminação constitucional de competências tributárias. Há previsão de produtos, mercadorias, imóveis, importação e exportação de produtos etc. todas hipóteses de objetos físicos palpáveis.

Não há maior preocupação com a figura dos intangíveis. Há referências esparsas, há *flashes* dentro da legislação que tratam de intangíveis. Por exemplo, o regulamento do imposto de renda, ao regulamentar norma do Decreto-lei nº 1.598, prevê que, na avaliação dos investimentos, quando da aquisição de uma participação societária com ágio - quando se compra uma ação por um valor superior ao contábil - uma das justificativas desse ágio é a expectativa de rentabilidade; outra justificativa é o fundo de comércio; e uma terceira justificativa são “intangíveis e outras razões econômicas”.⁶

Ou seja, se alguém comprar por 20 uma participação societária cujo valor registrado contabilmente é de 10, uma das razões que podem justificar a diferença entre 10 e 20 são os intangíveis que existem naquela empresa. Vale dizer, é o reconhecimento, ainda que pontual, que esta realidade tem valor econômico, a ponto de justificar uma compra por valor superior ao que está registrado na própria empresa.

Outro exemplo é a contribuição prevista no artigo 205 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999) quando se refere à receita bruta decorrente de “patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, pro-

⁶ RIR Decreto nº 3.000/1999, artigo 385.

paganda e transmissão de espetáculos desportivos”. Ou seja, a receita por algo intangível (a imagem, o espetáculo etc.).

Em suma, a meu ver, a tributação encontra espaço para crescer no campo dos intangíveis. Desculpe o leitor se dizer isto com todas as letras incomoda, pois a carga tributária é alta, mas a tributação, voltada para o mundo físico, chegou ao seu limite. Por isso, resta como espaço possível o do não tangível, aquilo que não se capta com variáveis físicas.

Este tema é denominado na literatura estrangeira com uma expressão muito significativa. Trata-se do “reconhecimento tributário do capital intelectual”. Ou seja, capital de uma empresa, hoje, não é formado apenas por bens materiais, ele é formado também pela qualidade intelectual daqueles que nela trabalham e que a compõem.

6. Tipos de Intangíveis

A segunda parte desta análise diz respeito ao conjunto alcançado pelo termo “intangíveis”.

Numa primeira abordagem, podem ser identificados sete conjuntos de situações.

Primeiro conjunto: este conjunto corresponde ao ponto de partida da análise, ou seja, ao *conhecimento*. O conhecimento puro tem valor econômico para a empresa. O saber tem valor econômico. Isto se manifesta, fundamentalmente, no setor denominado de Pesquisa e Desenvolvimento, em que o investimento é feito para conquistar conhecimento, saber como o mundo funciona e, hoje em dia, apresenta seus dois principais campos de manifestação na biotecnologia e na nanotecnologia.

A biotecnologia abrange - dentre outros - os conhecimentos ligados a produtos que podem vir a ser fabricados ou a mudanças que podem ser obtidas em determinados produtos, desde que se conheça como o Ser funciona, quais suas regras e como é possível nelas interferir. O debate sobre transgênicos é a ponta do *iceberg*. Não estou falando especificamente de transgênicos. Estou falando do conhecimento que faz com que seja possível produzir o transgênico. Ter esse conhecimento apresenta um valor econômico. Se uma empresa disser: “Eu sei como fazer isso.” Nem é preciso que faça e já passou a ter um valor diferenciado em relação a outra.

Outro grande campo é o da nanotecnologia. É o campo do micro, micro, micro... Este é um campo de pesquisa cujas descobertas vão alterar o funcionamento de equipamentos eletrônicos nos próximos dez anos. Quem souber como funciona, obtiver o conhecimento puro, passa a ter um valor diferenciado dentro do mercado.

Segundo conjunto: não é o do saber, mas é o da *informação atrelada à aptidão de inovar*. Eu diria que, se o primeiro é um saber, o segundo é um inovar. Aquele que consegue criar, aquele que tem aptidão, habilidade para criar, possui uma diferença no mercado. Este conjunto abrange *know-how*, que é um saber-fazer, é um saber atrelado a um fazer, a tecnologia, o processamento da informação. Ou seja, é ter a informação, mas não apenas tê-la; é ter a informação devidamente tabulada, devidamente catalogada, organizada, para que daquela informação se extraia um conhecimento diferente, que não seja mera soma das informações, mas a elaboração de um produto novo, a partir das velhas informações. Dentro desse mesmo con-

junto, está o segredo industrial. Não estou falando de patente; estou falando de segredo industrial que, muitas vezes, é aquilo que se chama de um *conhecimento tácito* em que, de repente, alguém consegue fazer o que outros não conseguem. Em suma, é a habilidade de criar.

Este segundo conjunto abrange o segredo industrial (não a patente) e também certos aspectos da logística no que diz respeito ao como fazer, ao conhecimento de circunstâncias ou eventos que, embora públicos, não sejam frequentemente considerados (por exemplo, tabelas de horários de serviços públicos etc.). Este segundo conjunto é o da informação.

O *terceiro conjunto* de intangíveis é formado pelos *frutos do conhecimento* aplicado. Neste conjunto estão, por exemplo, a propriedade intelectual, os direitos autorais, o fundo de comércio, as patentes e assim por diante.

Detalhe: quando se fala em fundo de comércio, trata-se de tema muito pouco explorado pela doutrina tributária brasileira, apesar de o artigo 133 do Código Tributário Nacional - quando trata da responsabilidade do sucessor pela aquisição do estabelecimento - distinguir entre aquisição de estabelecimentos e aquisição de fundo de comércio. Parte da doutrina afirma ser a mesma coisa. Não é. Estabelecimento está ligado ao aparato que faz funcionar. Fundo de comércio está ligado aos valores não fisicamente captáveis que aquele aparato operacionaliza sejam atendidos.

O *quarto conjunto* é o das *habilidades de fazer algo especial* que abrange, por exemplo, os atletas. Atletas são pessoas que têm uma habilidade de fazer algo especial, independentemente do time ou entidade a que estejam integrados. Isto tem valor, basta ver os preços dos seus passes e o valor dos contratos de patrocínio. Ora, na medida em que os clubes passam a ser vistos como empresas, ter determinado atleta em seu plantel é um ativo da empresa e, portanto, é um diferencial que vai influenciar no valor que a ação daquela empresa pode ter no mercado. Vamos raciocinar de modo aberto: se, em última análise, estamos caminhando na direção de dar aos clubes uma estrutural empresarial, eles devem, como tal, ter um ativo registrado. Qual seu ativo, além do campo? É o seu plantel. E por que um jogador vale mais do que outro e, portanto, é adquirido por um valor superior ao outro? Porque tem uma *habilidade de fazer* que o outro não tem. No instante em que perder aquela habilidade, automaticamente, perderá grande parte de seu valor no mercado.

Além disso, quando se fala de habilidade, este conceito abrange também a *habilidade de fazer avaliações*. Num regime de competição no mercado, muitas vezes, surge a necessidade de alguém que aconselhe e diga as tendências que detecta ou as projeções que entende serem pertinentes. Alguém que possa, com mais exatidão, emitir uma avaliação do que possa vir a se concretizar. Aquele que tem esta habilidade de avaliar, habilidade de prever, passa a ter, no mercado, um valor maior.

Por exemplo, se alguém pretende fazer um investimento em determinado país e há duas empresas de consultoria econômica, pergunta para ambas: “Para onde vai a economia?” E esta sempre acerta, e aquela sempre erra, quem vou contratar? Aquele que sempre acerta, porque possui uma habilidade especial e, portanto, na competição ela vale mais do que a outra que, pura e simplesmente, lê jornal e traça curvas sem maiores avaliações.

Quando se fala em investimentos e operações financeiras, o que se pergunta? Qual o grau de risco da operação? Notem: quem avalia o risco? Quem é o bom avaliador de risco? É aquele que, com maior probabilidade, acerta. Aquele que acerta passa a ter, automaticamente, no mercado, uma posição diferenciada; passa a valer mais e as ações representativas do capital daquela empresa, daí por diante, também vão valer mais.

Parêntese

Faço um parêntese, porque talvez esta exposição seja um pouco cansativa. Ressalto que onde mencionei “valor econômico”, estou, em última análise, falando em “capacidade contributiva”; onde existir capacidade contributiva, haverá espaço para criar algum tributo. Em última análise, todas estas manifestações de maior valor econômico são espaços por onde pode crescer a tributação.

Quinto conjunto: até aqui estamos numa direção: conhecimento, informação, fruto do conhecimento e habilidades. O quinto conjunto parte da ótica inversa, ou seja, é como os terceiros veem. *É o ser visto.* Este conjunto abrange dois subconjuntos: um ligado à *imagem* das pessoas e das empresas e outro ao reconhecimento ou *reputação e confiança* das empresas e das pessoas.

Quando incluo neste conjunto a referência à própria imagem, não estou me referindo ao direito personalíssimo à própria imagem, mas à tradução econômica ou ao valor econômico da minha imagem no mercado. Quando, para vender uma caneta, peço que um escritor de renome nacional apareça em certa peça publicitária, estou tomando seu renome nacional e sua reputação e atrelando-os ao meu produto. Por que não se utiliza um mero garoto ou garota propaganda? Por que busca-se um escritor para atrelar a sua imagem, via propaganda, ao produto? Porque acredito que assim o produto vai ser melhor visto e, com isto, conseguir vendê-lo. Desta perspectiva, a *imagem passa a ter valor na competição.* O diferencial da competição não será tanto o fato de a caneta escrever ou não; o diferencial da competição será o fato de ser a caneta de Fulano de Tal, a caneta com que Fulano de Tal assinou aquele ato ou assinou aquele livro. Então, a diferença na competição deixa de ser algo ligado ao objeto e passa a ser algo intangível.

Outro dado: reputação intelectual *versus* confiança do cliente, ou confiança do público. Conta-se - não sei até que ponto é verídica ou não - mas conta-se a história de uma pessoa que foi consultar um famoso jurista do início do século XX que pegou uma folha de papel, escreveu dez linhas, assinou embaixo e entregou. Esta pessoa perguntou: “Doutor quanto é?” “X mil réis.” “Mas isso é muito caro.” Ao que então ele pegou, rasgou a folha na parte em que estava a assinatura e disse: “Isto você pode levar de graça.” Quer dizer, o texto você leva de graça. Onde está o valor? O valor está na reputação e na confiança que a assinatura daquela pessoa transmite a terceiros.

Observando esta hipótese, alguém pode dizer que se trata de uma prestação de serviço. Sim, a prestação de serviço corresponde à atividade de fazer, mas o valor correspondente ao fato de ser A ou B que assina a consulta é um intangível, porque envolve reputação, confiança e assim por diante.

Onde vemos isso também com nitidez? Há setores da economia que criaram a figura do “selo de qualidade”. O significado perante o mercado é diferenciar um produto em relação aos outros e permitir que o produto “selado” seja visto de ma-

neira mais favorável e, por consequência, ocupe um mercado maior. Isto faz com que ter o selo valha alguma coisa e, portanto, dar o selo e ser uma instituição que tenha uma reputação perante o mercado maior, também é um valor que ela detém.

Além disso, a questão das marcas. O sabão X e o sabão Y podem ser absolutamente idênticos. No caso do genérico, é mais nítido ainda. Por que ainda pessoas consomem produto do laboratório tal? “Porque não confio no genérico.” Onde está o valor, então, perante o mercado? Escolher o produto do laboratório tal significa comprar daquele laboratório e significa, portanto que ele vai auferir uma renda decorrente daquela compra. Ora, se o diferencial para o consumidor é a marca, ter a marca é um bem com valor econômico relevante.

Ora, nestes casos, ao adquirir a participação societária de uma empresa, o que seria comprado? O *market share*? Não, teria sido adquirida a reputação, a tradição, o hábito, a confiança que o consumidor tinha nos produtos por ela fabricados.

Dou outro exemplo: tempos atrás li num jornal de São Paulo que uma universidade do Rio Grande do Sul (que eu não conhecia) lançou 205 milhões em títulos, em debêntures. Ora, o que está, entre aspas, “sendo vendido perante o mercado”? O prédio? Óbvio que não. O corpo docente? Óbvio que não. O que está, entre aspas, “sendo vendido perante o mercado” é a confiança, a reputação, a possibilidade de existir uma comunidade de nível na produção de produtos educacionais, e assim por diante. Em suma, o que está sendo apresentado para o mercado é o intangível. É a reputação, a confiança que a instituição pode gerar.

O *sexto conjunto* dos intangíveis é formado *pelos direitos e pelos bens incorpóreos*, propriamente ditos. Aqui, então, estão os direitos sobre determinadas coisas ou realidades.

Neste conjunto entra, por exemplo, o espectro eletromagnético. O *espectro eletromagnético* é uma limitação física do número de ondas que cabem em uma faixa de transmissão de telecomunicações.

Também entra neste conjunto - em alguns países, existe disciplina disso - os chamados *direitos de poluição*. Em alguns países, há uma disciplina para ratear a capacidade de absorção da poluição por um rio e prever: “Cada empresa pode lançar naquele rio X toneladas/dia de determinado produto.” Ora, isso é um direito de lançar determinados poluentes. Quando se vai avaliar aquela empresa, ela terá maior ou menor valor, em função do direito de poluir que tiver. Sendo assim, o direito de poluir também é um intangível a ser considerado. Além disso, há outros que poderiam ser considerados como a *concessão de exploração* de linhas aéreas e assim por diante.

Sétimo conjunto: é o conjunto dos intangíveis *ligados à diversão e ao lazer*, onde entra o turismo. Quanto vale uma paisagem? Um prédio construído no alto de um morro, olhando para o mar, tem o mesmo preço, o mesmo valor do que aquele idêntico prédio construído a 200 metros da praia? O diferencial perante o mercado é a paisagem. Não é o prédio apenas. O prédio é a variável física. Mas, em cima da variável física, há esta outra variável, que é intangível.

Ainda dentro de turismo: conversando outro dia com um pescador no Mato Grosso do Sul, ele me dizia que “A atividade de turismo está ótima. Antigamente, eu pescava e vendia um peixe. Agora, com a fotografia, eu mantenho e vendo mil vezes o mesmo peixe, porque o peixe é sempre o mesmo, mas vem um e tira foto,

vem outro e tira foto.” Então, ele está vendendo mil vezes o mesmo peixe, quando antes vendia uma vez só, pois vendia a coisa física.

Também, nesse conjunto, entram todos os intangíveis ligados a filmes, a jogos de computador, *softwares*, bens virtuais e assim por diante.

Em suma, há um universo de bens, de utilidades, de qualidades, de realidades que podem gerar diferenças na competição dentro do mercado. Com uma observação: todas elas, hoje, estão sendo aglutinadas debaixo do conceito de capital intelectual e capital humano, que interferem com o valor de empresas e de certas atividades ou produtos.

O que estou tentando diferenciar? É o agregado intelectual que o produto carrega, e este agregado intelectual hoje tem valor no mercado. Ao ter valor no mercado, há espaço para ser objeto de tributação.

7. Principais Problemas Ligados aos Intangíveis

Quais são os grandes problemas dos intangíveis?

O primeiro é sua *dimensão econômica*, seu tamanho. Por exemplo, o passe de um jogador de futebol. A mim, impressiona o número de milhões de dólares envolvidos quando se fala de passe. Não que o atleta não mereça. Fico feliz pelo beneficiário. Mas impressiona o tamanho, o número.

Menciono um outro dado neutro: o valor da Microsoft é altíssimo e, fundamentalmente, isto decorre de seu capital intelectual, capital humano. Não produz aviões e, ao que consta, não tem bens físicos imobilizados que justifiquem o valor de suas ações. Este é o primeiro problema: a dimensão dos intangíveis.

O segundo grande problema é o seu *grau de volatilidade*, porque com a mesma velocidade com que o valor cresce, assim também desaparece. Se, por acaso, é levantada dúvida sobre a qualidade ou confiabilidade de algo, o mercado não o consome mais; desaparece o valor de mercado, ainda que o produto continue sendo objetivamente de qualidade. Ele vira pó de um dia para outro. Quando se diz, por exemplo, que o remédio “X” tem um efeito colateral nocivo, isto prejudica seu valor. Quando um segredo industrial é desvendado, compromete-se o valor, porque qualquer um poderá produzir o mesmo bem. Deixa de existir algo não captável que dá aquela aura de diferente, que faz com que ele valha mais.

8. Avaliar o Intangível

Esses problemas desembocam numa grande dificuldade de avaliar. Embora o intangível tenha valor, é difícil dimensioná-lo. Quanto vale um projeto arquitetônico? Quanto vale um *software*? Quanto vale a avaliação de certo médico? O preço cobrado pelas consultas varia. Por que um vale mais do que o outro? Por que o mercado absorve melhor um e não absorve o outro? Alguém, no mercado, eventualmente, vai dizer: “Aquele eu não consulto nem por R\$ 10,00 e para aquele, de bom grado, pago R\$ 1.000,00.” Qual a diferença se, eventualmente, os dois vão apresentar a mesma conclusão?

Uma dificuldade relevante é avaliar um intangível, pois não existem mercados de intangíveis. O grande referencial de valores num regime de competição está ligado a custo e preço de mercado. A dificuldade é que, tratando-se de intangíveis, não existe um mercado comparativo onde seja possível determinar o seu valor. Se

houver como comparar, haverá um parâmetro. Inexistindo comparação, não há como avaliar com precisão. Por que o mercado prefere a farinha X e não a farinha Y? “Ah, porque aquela é de um personagem de Monteiro Lobato, e eu sou fã de Monteiro Lobato.”

Como avaliar isso? Não há dúvida de que o valor existe, influencia a negociação e, quando se adquirem empresas, isso é levado em conta (vide regulamento do imposto de renda), apesar de ser difícil avaliar, objetivamente, esta realidade.

9. Temas Tributários Específicos

Quais os temas especificamente tributários ligados aos intangíveis tendo em conta particularmente o ordenamento brasileiro?

Há três conjuntos de temas:

- 1) incidências tributárias;
- 2) base de cálculo; e
- 3) um alerta quanto ao que está acontecendo na nossa legislação.

Incidências: sobre os intangíveis, em princípio, cabem incidências, tanto diretas quanto indiretas. Pode haver imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro, sobre o resultado positivo obtido com o intangível ou com ações representativas do capital de pessoa jurídica que detém aquele intangível. Está aí o regulamento do imposto sobre a renda.

Pode haver ganho de capital na alienação destes bens, como também é possível imaginar a existência de uma tributação indireta sobre intangíveis, se levarmos em conta as operações e as negociações que os tenham por objeto. Então, alguém vai dizer, “Mas, então, você está dizendo que cabe um imposto sobre contrato de transferência de tecnologia?” Em tese, sim. Se cabe um imposto sobre um contrato de venda de um bem (por exemplo: relógio), cabe um imposto sobre o contrato de transferência de tecnologia, independente do imposto de renda que vai incidir em função daquela venda do relógio, ou da transferência da tecnologia.⁷

Além disso, hoje, vivemos o momento das contribuições. Não se pode excluir o surgimento de contribuições de intervenção do domínio econômico, que se apoiem, como uma de suas variáveis, na ideia de intangíveis.

Base de cálculo: se é difícil avaliar o intangível, é difícil detectar a base de cálculo dos impostos que incidirem. Neste campo, estão as discussões sobre arbitramento de base de cálculo, elementos comparativos e assim por diante.

Ainda na base de cálculo, outro ponto relevante dos intangíveis está ligado ao custo de sua obtenção, quando ligada a pesquisa e desenvolvimento. Há uma grande discussão sobre *cost sharing*: quem pode deduzir como custo valores empregados na pesquisa e desenvolvimento, especialmente se for realizado por outras empresas do mesmo grupo?

A lógica que está por trás - estou só suscitando o problema - é o rateio dos custos de Pesquisa e Desenvolvimento. Muitas empresas têm um local centralizado onde desenvolvem pesquisa e desenvolvimento, mas o resultado dessa pesquisa vai

⁷ Este é um tema que caminha paralelo ao debate sobre a CIDE criada em função da transferência de tecnologia (Lei nº 10.168/2000 e alterações subsequentes).

se espriair por todas as ramificações da empresa pelo mundo inteiro. Quem custeia isso? Só a matriz? Ou este é um custo que cabe a todas as empresas que fazem parte daquela unidade? Este é o segundo conjunto de temas tributários: base de cálculo dos intangíveis.

Legislação brasileira: existem variáveis relevantes na legislação brasileira? Sim. Umas já mencionei.

Primeiro: o artigo 133 do Código Tributário Nacional, quando se refere a fundo de comércio. Adquirir Fundo de Comércio não é, necessariamente, adquirir estabelecimento. Se eu adquirir a patente e o único valor que aquela empresa possui é a patente, cuidado, porque posso estar adquirindo um fundo de comércio e, portanto, ser sucessor tributário.⁸ Há um precedente do Superior Tribunal de Justiça, que se refere à “bandeira”. Tratava-se de uma revendedora de automóveis que foi à falência, deixou um passivo de ICM. A montadora rescindiu o contrato de concessão com aquela concessionária e fez um novo contrato de concessão com pessoa jurídica cujos sócios não tinham vínculo com a antiga. Aquela nova concessionária passou a desenvolver sua atividade no mesmo local da antiga que já estava aparelhado para uma concessionária de veículos. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que havia sucessão tributária, porque ao adquirir a bandeira (vejam: a bandeira “marca tal”), este é o elemento considerado como significante do valor fundamental da empresa. Se ele adquiriu a bandeira e passou a exercer aquela atividade econômica no mesmo local, ele é sucessor na responsabilidade pelos impostos devidos pelo antigo concessionário, apesar de não haver nenhum vínculo de participação societária, nenhum vínculo de parentesco entre o antigo e o novo. O que se fez? Enxergou-se a continuidade no plano dos fatos, não no plano do Direito. Ora, a bandeira é um intangível. Quanto vale a bandeira da montadora “X” ou “Y”? Tem valor? Claro que tem. Se tem valor de um lado, eventualmente, pode gerar responsabilidade de outro lado.

Segundo: a figura dos intangíveis tem suscitado questões tributárias concretas. No campo do ICMS, diz respeito ao debate sobre *softwares*, mercadorias virtuais e, além disso, permeia o debate sobre serviços de comunicação. Qual a utilidade para alguém estar andando pela rua, tocar o celular e ouvir: “Você gosta do produto X? Andando 100 metros e virando à direita, há uma loja dele.” Ter esta informação agora é um mero serviço ou é mais do que um serviço?

Terceiro: ISS. Aqui é preciso ter muita atenção e cautela na análise. De fato, se a doutrina ainda não explorou o tema dos intangíveis suficientemente, o legislador que enxerga a realidade concreta já percebeu por onde a tecnologia caminha e, dentro do possível, está ampliando as incidências naquilo que puder, para tentar alcançar essa nova realidade econômica. A lista de serviços da LC nº 116/2003 é um bom exemplo. Há várias referências no sentido de querer alcançar algo que não é um verdadeiro serviço. Pretende-se alcançar uma outra figura ou uma utilidade que está sendo usufruída, independente de uma atividade de prestá-la, ou

⁸ Veja-se sobre este tema o meu “Imposto sobre a Renda - Responsabilidade do Sucessor na Aquisição de Estabelecimento - O Art. 133 do CTN”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 39, RT, São Paulo, pp. 49 e seguintes.

atingir uma manifestação patrimonial ou uma disponibilidade patrimonial que não é uma prestação de serviço.

O legislador do ISS, especialmente o da Lei Complementar nº 116, já percebeu que existe muita manifestação de capacidade contributiva que não está sendo tributada. Na minha opinião, ele exagerou porque extravasou a cláusula constitucional dos “serviços”, mas a tendência, a meu ver, será nesta direção: ampliar as incidências ao máximo para atingir tudo que indicar manifestação de capacidade econômica.

Quarto: no campo do imposto de importação, há uma regra pouco discutida. É a que prevê que o *royalty* é tributado pelo imposto de importação. Desde o Acordo de Valoração Aduaneira, que já tem vários anos, está previsto que a base de cálculo do imposto de importação alcança os *royalties* e direitos de licença relacionados com as mercadorias objetos de valoração, se o comprador brasileiro tiver de pagá-los como condição para ter a mercadoria.⁹

Com isto está se pretendendo trazer para o campo do imposto de importação, o que é nitidamente um intangível. O *royalty* e o direito de licença são intangíveis, não são produtos. Alguém poderá arguir que esta exigência é discutível. Concordo. Tanto é discutível que, atualmente, no projeto de Reforma Constitucional, no capítulo tributário, está sendo alterado o inciso que trata do imposto de importação para incluir, além de importação de produtos, também importação de serviços estrangeiros. Por que está se fazendo esta alteração (e não vejo ninguém discutindo o tema)? Porque se considera natural: importação de produtos e importação de serviços? Não é tão simples assim. Vai-se abrir um mundo, porque se esta alteração for aprovada existirão serviços tributáveis não apenas pelo imposto sobre serviços, e por uma CIDE de serviços (como já temos uma CIDE de *royalties*), como também teremos uma tributação pelo imposto de importação sobre serviços.

Qual será a amplitude do imposto de importação sobre serviços? A meu ver, com certeza, intangíveis: *know-how*, propaganda, tudo que pudermos imaginar será alcançado por esta tributação.

Quinto: no imposto sobre a renda já existe o artigo 385 do Regulamento, que trata do ágio apoiado em intangíveis.

Sexto: contribuições. Já temos a contribuição de intervenção do domínio econômico sobre transferência de tecnologia. Sobre esta contribuição cabe fazer alguns comentários. Inicialmente, foi editada uma Lei, em grandes linhas, bem desenhada que previa uma contribuição de intervenção do domínio econômico ligada à transferência de tecnologia. Cobrava-se a contribuição de quem consumia tecnologia importada, e o produto da arrecadação era transferido para universidades ou entidades educacionais brasileiras de pesquisa, para que se desenvolvesse tecnologia nacional, tudo à luz do artigo 218 da CF/1988.

O que aconteceu depois da Lei? Veio a regulamentação prevendo que a contribuição não seria sobre tecnologia, mas também sobre *royalty*, e *royalty* não é só tecnologia. *Royalty*, em tese, pode alcançar outros valores devidos à empresa estran-

⁹ Acordo de Valoração Aduaneira, artigo 8, 1, (c), Decreto nº 1.355/1994.

geira e, portanto, a Receita Federal passou a cobrar CIDE sobre uma série de pagamentos feitos ao exterior que não estão ligados à tecnologia propriamente dita.

O que é isto? Na minha opinião, pelo lado normativo, uma deturpação ilegal e inconstitucional. No plano dos fatos, é querer captar um objeto mais amplo do que o previsto. Ou seja, percebeu-se que há um relevante conjunto de pagamentos ao exterior, a inúmeros títulos e se quis, via regulamentação e interpretação - aí a crítica que faço estender uma incidência para outras hipóteses que não aquelas que a contribuição alcança e às quais ela é atrelada por determinação constitucional.

10. Conclusão

A presente análise procura mostrar para onde vai, a passos largos, o ordenamento tributário. Caminha no sentido da criação de novos tipos de incidência tributária, não mais atrelados apenas aos elementos físicos, mas a outros fatores de produção, a outros elementos da prestação de serviços e da produção de bens, que não são captáveis fisicamente.

O grande desafio é bem aplicar o ordenamento que temos e estarmos preparados para, ao invés de deturpar o ordenamento atual (o que vejo acontecer na CIDE de *royalties* e na lista de ISS), assumir que existe uma outra realidade que pode ser alcançada e, a partir desta constatação, desenhar incidências compatíveis com essa nova realidade. É por onde, da minha ótica, vejo que a tributação vai caminhar.

Em suma, desculpe-me o leitor se a notícia não é boa, mas antevejo um novo espaço por onde a tributação pode seguir. Não mais sobre o capital físico, mas sobre o capital intelectual, sobre os intangíveis.