

Auditoria jurídica, análise de riscos e determinação de custos: a adaptação do direito brasileiro aos princípios contábeis internacionais pelas leis 11.638 e 11.941 em uma sociedade mundial pós-crise do *subprime*

Jonathan Barros Vita*

I Introdução

Tendo sido convidado pelo ilustríssimo advogado Jayme Vita Roso para escrever sobre temas vinculados à auditoria jurídica e suas relações com o direito tributário, sinteticamente, foram formuladas três questões a serem respondidas após uma pequena introdução sobre a forma de visualização deste autor sobre a auditoria jurídica.

Estas perguntas estão vinculadas, especialmente, à absorção das novas normas jurídicas de direito societário pela lei n.º 11.638, que alinharam o GAAP (Generally Accepted Accounting Principles) brasileiro ao IFRS (International Financial Report Standards), além de temas vinculados ao impacto destas regras contábeis/societárias no direito tributário mediadas pelo chamado RTT – Regime Tributário de Transição – constante da lei n.º 11.941 e à alocação dos custos e riscos tributários aos balanços com estas novas regras.

II

Auditoria Jurídica: entre a teoria sistêmica e de Teoria de Linguagem

Dois são os sistemas de referência utilizados para estudar o novo e importante fenômeno jurídico da auditoria, que, a propósito de versar sobre o aspecto jurídico de uma operação, traveste-se em uma importante ferramenta para analisar as ramificações das opções jurídicas no sistema social, sendo necessárias considerações referentes à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann¹ e sob o ângulo do chamado Construtivismo Lógico Semântico, derivante dos vários ensinamentos de Barros Carvalho² e de Lourival Vilanova³.

¹ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.

³ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema no direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2006.

Sinteticamente, portanto, a análise das causas e investigação probatória é facilitada pelo uso da Teoria da Linguagem e Teoria das Provas⁴, enquanto as consequências são mais bem analisadas pela Teoria dos Sistemas.

Interessante é notar que, apesar do ferramental teórico aduzido, tem-se que a generalidade da investigação da auditoria jurídica finca-se como marca necessária e, ainda, o objeto da auditoria jurídica deve ser o dado jurídico nas suas mais variadas expressões, tomando como base as causas da decisão jurídica (vertidas na enunciação enunciada) e suas consequências em cada um dos sistemas sociais.

Logo, apesar do pouco já escrito sobre a auditoria jurídica no direito brasileiro, duas correntes podem ser consideradas como clássicas no que trata do objeto da auditoria jurídica, aquelas que cingem tal objeto a mera análise das consequências jurídicas albergadas sob o conceito do *due diligence* e vinculadas ao direito societário/empresarial e aquelas que abrem estas portas e tratam a auditoria jurídica a partir de um conjunto de dados mais amplo e com maiores consequências sistêmicas.

Na primeira corrente, reducionista e, não adotada, destaca-se Abraham⁵, enquanto na segunda, mais abrangente e adotada, apesar dos fundamentos e ferramentas teóricas distintas, têm-se como expoentes Vita Roso⁶ e Power⁷.

Sob o ângulo das causas e os processos de verificação do momento da decisão investigada pela auditoria jurídica, utiliza-se, como dito, o ferramental teórico da Teoria da Linguagem e Teoria das Provas.

Neste contexto, inicialmente, ressalta-se que a expressão auditoria jurídica encerra a clássica dualidade/ambiguidade processo/produto encontrada em várias palavras, do que importante é destacar o significado utilizado para a expressão auditoria jurídica utilizado em cada momento⁸.

⁴ Para mais sobre o sistema de referência utilizado desta teoria: TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova do direito tributário*. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006.

⁵ ABRAHAM, Marcus. *Manual de auditoria jurídica: legal due diligence - uma visão multidisciplinar no direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁶ Entre as várias obras deste autor que tratam da generalidade do objeto da auditoria jurídica, destaca-se: ROSO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

⁷ POWER, Michael. *The audit society: rituals of verification*. Oxford: Oxford Press, 1999.

⁸ Para outros problemas semânticos da expressão auditoria jurídica: ROSO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

É dizer, a auditoria jurídica encarada como conjunto de atos de verificação dos procedimentos jurídicos adotados em um determinado contexto histórico por uma empresa ou o produto desta auditoria jurídica, laudo final do auditor em sua versão individual e concreta.

Da mesma forma, a auditoria jurídica deve ser posta a partir das condições tanto do tempo do fato como do tempo no fato, ou seja, no momento da produção normativa e no momento da ocorrência do evento no mundo fenomênico.

Sob outro ângulo do Construtivismo Lógico-semântico e da Teoria das Provas, a enunciação enunciada das normas individuais e concretas é que permite a (re)construção dos indícios das provas no momento da tomada de decisão (decisão compreendida como ato de aplicação do direito, incidência, momento da produção da norma individual e correspondente) e verificar se esta tomada de decisão foi acompanhada de um processo regular de multifacetar os dados de mundo.

Este ato de multifacetar os dados de mundo é típico da redução de complexidades realizado pela linguagem, porém, não pode servir de justificativa para a perda desta perspectiva múltipla do fato jurídico.

Neste sentido, reiteram-se as considerações de que a auditoria jurídica visa verificar se a decisão jurídica foi realizada de maneira correta no momento da produção normativa de acordo com as condições para produção do ato de decidir existentes naquele momento.

Para tanto, a auditoria jurídica realiza esta investigação no plano das provas em sentido amplo e no plano, especialmente, da enunciação enunciada para verificar esta capacidade de previsão do operador no momento das decisões jurídicas.

Sob o ângulo da Teoria dos Sistemas, a auditoria jurídica visa, a partir dos estados alcançados, (re)produzir as condições dos futuros presentes encontrados no momento do ato de decisão e análise de risco e verificar a adequação destes atos decisórios sob o ângulo jurídico, econômico e político, especialmente.

É dizer, a auditoria jurídica realiza uma operação de reflexão sobre o presente do sistema jurídico retroagindo para seu passado em um momento chave, a forma de condução um ato decisório que gerou uma programação jurídica com suas correspondentes consequências.

Obviamente, a palavra auditoria pressupõe a possibilidade de uma heteroobservação em vários sistemas sociais, pois os reflexos do sistema jurídico nos resultados econômicos e políticos de uma empresa devem, também, ser avaliados.

É dizer, a tomada de decisão é jurídica, porém, as alocações de códigos no sistema econômico e político devem ser observadas sob o ângulo da reflexão provocada pela auditoria, pois, do ponto de vista jurídico, uma série de opções válidas (juridicamente) existem no momento da programação individual e concreta, mas os resultados destas opções varia em seu resultado nos outros sistemas.

Logo, a capacidade de reflexão do sistema jurídico através da auditoria jurídica deve levar em consideração os outros sistemas sociais, sendo uma ferramenta de verificação do alinhamento entre as expectativas normativas e expectativas cognitivas do sistema da sociedade.

Exemplo desta situação é o uso de uma estrutura de avaliação de riscos em créditos que possui uma falha na observação nos balanços e provoca um prejuízo contábil futuro.

Outro exemplo é quando o uso de uma programação jurídica implica uma mudança no status de marketing social de uma empresa, uma opção como o continuar em um processo desgastante perante a opinião pública que provoca ao mesmo tempo, uma erosão do valor da marca (no sistema econômico) e uma percepção de que o código maioria (do sistema político) vem se formando contrariamente à empresa.

Logo, a auditoria jurídica perfaz uma ferramenta de tentativa de controle das decisões jurídicas, detectando se elas foram produzidas levando em consideração os riscos globais, bem como se levaram em conta todos os futuros presentes no momento da decisão.

Evidentemente, o uso da Teoria dos Sistemas é mais voltado para as condições sistêmicas da decisão e o impacto pressuposto pelo ambiente e pelos outros sistemas sociais da programação do sistema jurídico em sua diferenciação funcional.

Como dito, interessante é notar que as mesmas conclusões sobre a auditoria sendo uma forma de entrecruzamento sistêmico e que esta deve levar em conta, sempre, as consequências dos atos (no caso, jurídico) nos outros sistemas sociais, são encontradas em Power⁹ e, intuitivamente, em Vita Roso¹⁰, apesar do ferramental teórico distinto utilizados estes autores.

Para Power a auditoria, enquanto ferramenta de controle redundante, deve, sempre, levar em conta as necessidades de todos os sistemas e, não, tão-somente, do sistema investigado.

No caso, aplicando tal idéia à auditoria jurídica, necessário se faz multifacetar a análise a partir do dado jurídico e verificar as implicações das decisões tomadas no sistema jurídico, de maneira autoreferente, e aquelas pressupostas pelos outros sistemas sociais (como economia, política) e as consequências potenciais em seu ambiente.

Sob este ângulo, portanto, a auditoria jurídica perde o caráter meramente de reflexão interna ao sistema do direito e deve funcionar, também, como reflexão nos outros sistemas das consequências/programações paralelas e pressupostas dos programas jurídicos.

Compreendendo a auditoria jurídica sob estes ângulos teóricos, algumas perguntas surgem sobre a regulamentação do chamado RTT – Regime Tributário de Transição – instituído pelo artigo 15, da lei n.º 11.941 de 2009 e complementado pela IN RFB n.º 949 de 2009 e no desvelar dos instrumentos juridicamente e contabilmente estruturados para análise dos riscos sistêmicos para uma empresa como forma de estabilidade da estrutura empresarial.

III

1ª Questão: quais os efeitos da IN/RFB 949/09?

⁹ Estas idéias podem ser intuídas, especialmente do capítulo 6 em: POWER, Michael. *The audit society: rituals of verification*. Oxford: Oxford Press, 1999.

¹⁰ ROSO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

A movimentação/irritação recíproca da estrutura patrimonial (acoplamento estrutural entre direito e economia) é realizada, pelos programas reciprocamente considerados contábeis, programas jurídicos (societários) e programas econômicos de acompanhamento das mutações patrimoniais de uma entidade.

Elucidando, o patrimônio faz com que o sistema jurídico e econômico operem em tempos analógicos simultâneos, e as estruturas movimentadas internamente por cada um deles para as irritações e internalizações recíprocas são realizadas pelas formas dos programas contábeis (puros), na economia e pelos contábeis (autorizados pelo direito enquanto linguagem competente) no direito.

Recorda-se que patrimônio é entendido no sentido próximo de *equity* a partir do novo paradigma contábil brasileiro, com as normas do IFRS não altera em nada tudo o exposto¹¹, pois a supracitada idéia de *equity* pode ser traduzida no direito brasileiro como uma intersecção entre posse e propriedade, com prioridade à primeira, quando existe resultado positivo entre a posse e a dívida derivante desta posse.

É dizer, *equity* é entendido aqui como sendo o resultado, positivo ou negativo, quando todas as despesas/custos/perdas foram pagos de um dado objeto que está sob a posse de alguém.

Deixa-se claro que o novo suporte dado pelas regras derivantes da internalização dos princípios contábeis internacionais permitiu uma uniformização e sofisticação nas formas de contabilização brasileiras seguindo os parâmetros mundiais.

Sob estes princípios assentam-se regras flexíveis de contabilização e que pressupõem uma fórmula orientada pelos resultados para que os custos de uma empresa sejam, efetivamente, determinados e alocados a cada unidade produtiva de maneira padronizada, evitando problemas na precificação e identificação da margem de lucro de cada transação.

¹¹ Para uma análise dos pressupostos e obrigações da auditoria (jurídica ou não) a partir do IFRS: ROZO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

Ainda, estes princípios localizam a melhor forma de contabilização da pesquisa e desenvolvimento e proceduralizam a análise de riscos, especialmente, os riscos derivantes de ações judiciais, estratégias comerciais ou, mesmo, dos riscos de créditos.

Da mesma forma, estes princípios permitem uma mais precisa investigação dos fatores de equalização para verificação da compatibilidade e concorrência entre as atividades de uma empresa e os processos adotados pelos seus concorrentes.

Exemplificativamente, com a multicitada mudança de paradigma pela lei n.º 11.638, esta idéia está positivada no direito brasileiro, a exemplo, no caso do *leasing*, em que a depreciação fica a cargo do arrendatário e não do arrendador, ainda que a propriedade seja deste último.

Obviamente, sendo o direito tributário dependente, explicitamente, do direito societário (contabilidade), ocorreu uma revolução com tais dispositivos na forma de determinação dos lucros e alocação dos custos das empresas.

Importante é notar, em todo este contexto, que existem, no sistema brasileiro e do direito comparado, diversos balanços para várias finalidades jurídicas (o chamado *doppio binario* no direito italiano¹²), representando mais de uma tradução para os mesmos eventos/irritações ocorridas em uma empresa.

Logo, a partir da estrutura balanço e lançamentos contábeis para o direito societário, em simetria com a idéia do *reentry* e da onda de choque, o balanço é (re)processado pelas estruturas jurídicas para uma nova função/posicionamento no sistema jurídico.

Como enumeração possível de balanços utilizados pelo sistema social tem-se, exemplificativamente: o balanço para os fins da lei das S.A., tão-somente; balanço para IRPJ; balanço para CSLL; balanço para os investidores estrangeiros (utilizando as regras do IFRS – International Financial Report Standards, apesar de parcialmente homogeneizado com o balanço civil pela introdução da lei n.º 11.638 e traduzido para o inglês ou língua dos investidores);

¹² Como exemplo de obra comparativa neste sistema jurídico: DAMMACCO, Salvatore. *Il Bilancio civilistico e fiscale: esame analitico voce per voce*. Milão: Giuffrè, 2006.

balanço interno para informações estratégicas; balanço monetariamente alterado, para investidores estrangeiros; entre outros possíveis.

Portanto, com a introdução do RTT – Regime Tributário de Transição – contido nos artigos 15 e seguintes da novel Lei n.º 11.941 e regulamentado pela IN n.º 949 de 2009, permanece a existência de vários balanços possíveis no direito brasileiro, preservando-se algumas importantes distinções entre eles.

Importante é mencionar que as disposições da IN n.º 949 estão em simetria com aquelas contidas na lei n.º 11.941, sendo, efetivamente, uma forma de regulamentação e padronização de procedimentos condizente com a função de instrução normativa, ampliando, tão-somente, os dispositivos da lei a certos problemas na determinação do lucro presumido e das receitas tributáveis pelo PIS/COFINS, sendo, de resto, mera repetição do texto legal.

Esta forma de transição deve perdurar até que as regras tributárias sejam completamente adaptadas ao novo paradigma do IFRS, mencionando que, entretanto, inexiste neutralidade fiscal integral do novo regime em detrimento das antigas regras contábeis, diversamente do asseverado em certos pontos pela própria lei n.º 11.941 e IN n.º 949.

Este RTT serviu para preservar, artificialmente, uma parcial neutralidade fiscal da nova lei n.º 11.638, ao menos até uma modificação profunda da legislação tributária, especialmente, nos casos em que havia benefícios fiscais que diferenciavam as regras tributárias das regras contábeis, como amortização acelerada, a exemplo, que continuam a serem usufruídos da mesma forma, pois não revogados pelas novas disposições contábeis.

Cite-se que, mesmo com o novo sistema proposto, vários ajustes continuam sendo necessários entre o balanço civil (derivante das normas contábeis e da Lei das S.A.) e o balanço fiscal de cada um dos tributos que utilizam como fundamento as determinações contábeis de receitas e lucros, como a demonstração do resultado do exercício para fins de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS, preservando, no direito brasileiro, o *doppio binario*.

Neste sentido, deixa-se claro que os dispositivos que tratam de modificações dos critérios da base contábil na qual se apóiam as regras tributárias

não podem estar contidos nesta neutralidade, como mencionado no artigo 15 da lei nº 11.941, pois, apenas as diferenciações realizadas, de maneira autoreferente, pelo direito tributário em detrimento das regras cíveis, é que podem ser mantidas.

Esta posição tem como fundamento a impossibilidade de uma interpretação estática da legislação tributária frente ao novo preenchimento semântico das regras, formas e princípios contábeis, ou seja, as regras tributárias que fazem a sobreposição às regras contábeis devem segui-las exceto quando as próprias regras tributárias estabelecerem os critérios do *doppio binario*.

Logo, neste contexto, o dispositivo do parágrafo 1º do artigo 15¹³ e artigo 16¹⁴ são, tão-somente, asserções parciais sobre a neutralidade do novo sistema, pois dizer que uma regra revogada continua como se vigente fosse é uma forma não aceita pelo direito brasileiro, pois a repristinação é vedada pelo sistema.

Comprovando esta parcialidade o artigo 17, da mesma lei¹⁵ possui uma disposição que contradiz uma leitura que considera a total neutralidade dos novos métodos e critérios contábeis, pois este artigo determina que, apenas quando existir legislação tributária que determine critérios distintos àqueles da lei 6.404 é que se realiza o ajuste para fins do balanço tributário.

2ª Questão: No parágrafo terceiro do artigo terceiro da IN/RFB 949/09, ao que parece, são cuidados os “preços de transferência”. Que comentários podem ser feitos sobre essa norma e quais as modificações que ela produziu na legislação vigente. Houve revogação de algum

¹³ Art. 15. Fica instituído o Regime Tributário de Transição - RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei.

§ 1º O RTT vigerá até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

¹⁴ Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e pelos demais órgãos reguladores que visem a alinhar a legislação específica com os padrões internacionais de contabilidade.

¹⁵ Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:

dispositivo das normas de regência, especialmente, da lei 9.430 e da IN 243?

Reitera-se que, sob o ângulo contábil, com a introdução das novas regras contábeis brasileiras, pela lei 11.638, alinhando o GAAP-Brasil ao IFRS, perfazendo um novo preenchimento semântico das regras societárias e, por via de consequência, daquelas tributárias.

Este novo preenchimento semântico permitiu uma drástica sofisticação e padronização dos processos e formas de contabilização dos custos e despesas, especialmente aqueles que serão utilizados para formação dos preços de transferência e das equalizações de operações estudadas para formação da operação parâmetro.

É dizer, especialmente, a contabilidade de custos passou a utilizar ferramentas mais eficientes e homogêneas para determinação das formas de operacionalização dos mais variados métodos dos preços de transferência.

Da mesma forma, recorda-se que, sob este ângulo, as disposições sobre o chamado RTT contidas nos artigos 15 e seguintes da lei n.º 11.941 e complementados pela IN RFB n.º 949 de 2009 em nada alteraram a forma de verificação dos preços de transferência em si mesma.

Em outro giro, apesar de serem ajustes fiscais e submetidos a uma parcial neutralidade fiscal preconizada pelo RTT, a semântica de aplicação dos preços de transferência é informada pela contabilidade de custos e programas nitidamente econômicos, que foram alterados pelas novas regras contábeis.

Sendo o preenchimento semântico das regras tributárias baseado nas regras contábeis como ferramentas operacionais, uma dinâmica e, não, uma estática interpretativa faz com que o direito tributário acompanhe as disposições do direito societário.

Adicionalmente, para o caso específico dos preços de transferência, sendo os processos de parametrização, comparabilidade e equalização formas economicamente (e não juridicamente) postas, mais um motivo existe para determinar a aplicação das disposições da lei 11.638 em detrimento da falsa neutralidade do RTT.

Sob este ângulo, as ferramentas econômicas condicionadas àquelas ferramentas societárias/contábeis foram sofisticadas, permitindo que, com as novas regras internacionalmente aceitas, ocorresse um alinhamento entre a especificação no direito brasileiro e direito comparado para fins de comparabilidade de operações com suas correspondentes equalizações, facilitando, portanto, o processo de parametrização.

Esta parametrização leva como fundamento os critérios de potencialização da (re)produção de operações em condições de mercado, permitindo a comparabilidade por meio da equalização das operações de mercado, (re)construindo uma operação parâmetro, que será contraposta àquela operação praticada entre partes vinculadas ou com sujeitos localizados em países, dependências ou com regimes tributários favorecidos ou protegidos por sigilo societário ou bancário.

Logo, exemplificativamente, o sistema de preços de transferência foi reiterado pelo dispositivo do artigo 3º, § 3º da IN RFB n.º 949 de 2009, pois todos os ajustes exclusivamente tributários foram mantidos pelo sistema de transição, estando excluídos na falsa neutralidade preconizada pelo RTT.

Os preços de transferência são objetos de um campo de estudos específico que remonta ao início do século passado, dentro do contexto, especialmente, de estudos da contabilidade, enquanto sob os aspectos tributários, iniciou-se no contexto da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – no modelo de convenção para evitar a dupla tributação em seu artigo 9º a partir do modelo estabelecido a partir de 1963.

Interessante é notar que os preços de transferência possuem duas legislações de referência, a depender da operação sob controle, a legislação nacional, inaugurada pela lei n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996, com aplicação a partir de 1997, além dos tratados para evitar a dupla tributação seguindo o modelo de convenção OCDE, possuem dispositivos para ajustes de transação.

Sintetizando, os preços de transferência são os valores de transação entre empresas do mesmo grupo relativos a contraprestação por bens, serviços ou *equity*, corrigidos/(re)construídos ao longo de um mecanismo derivante

de norma antielisiva tributária específica¹⁶ que generaliza a operação mediante as condições de mercado, substituindo a operação praticada por uma operação parâmetro construída por mecanismos específicos de parametrização, comparabilidade e equalização.

Portanto, sendo os preços de transferência, regras que diferenciam o direito tributário do direito societário permanecem no sistema de maneira clara e inconteste, não ocorrendo o mesmo com as regras tributárias que dependem das regras contábeis para sua elaboração probatória, como já dito no item, *infra*.

Neste sentido, inexistiu qualquer revogação das regras da IN n.º 243 ou, mesmo, das regras da lei n.º 9.430 pelo regime de transição, entretanto, houve uma simplificação dos processos de comparação envolvidos na formulação das operações parâmetro, especialmente, naquelas que envolvem preços formulados internacionalmente.

IV

2ª Questão: A criação do IASB (International Accounting Standards Board) que, no Brasil, se difunde como NIC (Normas Internacionais Contábeis), consegue resolver as manipulações contábeis que ocasionaram os graves problemas do *subprime* nos Estados Unidos?

Para a resposta à terceira pergunta, reitera-se a premissa que o auditor jurídico deve ter uma visão global do fenômeno da análise de riscos sistêmicos e, ainda, tomar um distanciamento das ondas de choque produzidas nas programações jurídicas e econômicas.

É dizer, o auditor jurídico deve estar fora da periferia do direito, concentrando suas programações/comunicações no centro do sistema jurídico, (re)agrupando dados já mais estabilizados e distanciados das irritações do ambiente, permitindo uma forma de, a partir desta distância dos acontecimentos, (re)produzir uma visão mais objetiva da realidade.

Obviamente, esta visão é mais simples de ser produzida se o auditor concentrar-se no objetivo de produzir uma visão imparcial e global dos

¹⁶ Para mais sobre a definição de norma antielisiva e sua classificação: VITA, Jonathan Barros. The general and specific anti-avoidance tax rule. In: Temi scelti dai diritto tributario. L'elusione fiscale. Organizador: Giuseppe Marino. Milão: Egea, 2008.

programas operados por aqueles que movimentam as estruturas empresariais, detendo, portanto, uma visão mais analítica e não imersa nas atividades cotidianas da empresa.

Sob este ângulo, o auditor jurídico perfaz um controle interno, um *double/multiple check* de operações, que toma como ponto de partida as programações jurídicas, porém, realiza (re)checagens, também, nos outros sistemas sociais das consequências (pressupostas ou reflexas) dos atos decisórios consubstanciados nos programas individuais e concretos jurídicos.

Neste contexto, ressalta-se como ponto importante, que, aparentemente, o sistema econômico em seu acoplamento com o sistema moral multiplicou as proporções e formas de percepção dos riscos sistêmicos, (re)produzindo um sistema em que uma série de pontos cegos foram produzidos, pontos cegos que geraram a entropia negativa do sistema econômico sob a perspectiva dos estados alcançados.

É dizer, em um primeiro momento, houve uma brutal *autopoiesis* (entendida como artificial círculo virtuoso) do sistema econômico, com a multiplicação de operações (programações) que visavam rolagem de dívidas e aumento de capital sustentado em tal rolagem pelo aumento das garantias reais (que correspondiam ao aumento do valor percebido do imóvel (re)financiado).

Obviamente, quando, nos estados alcançados ocorreu o inadimplemento destes pagamentos, pois uma nova rolagem da dívida não foi permitida, pois, em muitos casos, nunca ocorreu o pagamento de parcelas ou, mesmo, quando ocorreu foi derivante de *spread* artificial entre os juros das operações de (re)financiamento e os ganhos (por ganho de capital ou recebimento de dividendos) sobre ações nas bolsas de valores.

Com a crise, as garantias reais (o valor dos imóveis (re)financiados) foram pulverizadas, desvelou-se a insustentabilidade destas operações de (re)financiamento constante, pois não havia renda familiar para o pagamento dos juros.

Como dito, a renda utilizada para os pagamentos era derivada exclusivamente da (re)aplicação dos novos financiamentos em um crescimento inconsistente do mercado de ações, derivante de um pseudo-círculo virtuoso (bolha

especulativa) da bolsa de valores que (re)produzia as condições para pagamento de parcelas, não pela renda familiar em si, renda primária.

Portanto, gerou-se algo insustentável, como ocorreu com a não liquidação de parcelas pelo não crescimento na medida esperada das bolsas, o que gerou a crise de confiança sistêmica e produziu uma necessidade das instituições financeiras de efetivar a liquidação dos pagamentos de parcelas das hipotecas, pois a garantia real do financiamento deixou de ser superior ao valor da dívida, já que os imóveis perderam valor de mercado.

Obviamente, a distorção (ponto cego) da visualização destas operações foi provocada pelo crescimento alavancado dos mercados de ações que provocou uma chamada bolha especulativa globalizada, pois todos os setores operavam, cada um a partir de sua própria perspectiva, de maneira sustentável, porém, faltava a base, a sustentabilidade financeira de longo prazo destas operações.

Os derivativos (como securitizações) devem ser a exceção do sistema, e não a regra, sob pena de se criar um mercado autista e sem capacidade de reflexão como ocorreu nesta crise, ou seja, as rendas financeiras ou não operacionais devem ser uma parte secundária das operações das empresas, não fonte primária de recursos.

Portanto, resta o alerta de que o mercado financeiro e a análise de riscos deve ser produzida de maneira poliédrica, ou seja, utilizando a capacidade de reflexão do sistema econômico e dos demais sistemas de maneira global e não, meramente, parcial, pois esta visão autista do sistema acaba por produzir uma visão imperfeita que não leva em conta a observação da forma de observar do sistema, o que leva a entropia de cada um dos componentes do sistema social.

O sistema jurídico, neste contexto, permitiu o surgimento de um estado paralelo, sem regulamentação, de um espectro social indiferenciado, pois as contingências do sistema social são resolvidas pela decisão judicial do sistema jurídico, mas não podem ser criadas superestruturas que realizem uma indiferenciação funcional, em que o sistema econômico prescinde da pressuposição do sistema jurídico.

Os pesos e contrapesos dos riscos, apenas sob a perspectiva econômica não são suficientes para permitir a diferenciação funcional, logo, os jogos de derivativos cruzados não permitem a diferenciação funcional, pois o *enforcement* é dado no sistema político e a tomada de decisão que permite este *enforcement* é produzida no sistema jurídico.

Sob este ângulo, a alocação da avaliação de riscos está muito mais desenvolvida com estes novos princípios contábeis, especialmente no clássico e difundido uso da fórmula de risco, que utiliza como graduação, em escala decrescente deste risco, as expressões: remoto (alto risco de perda), possível (intermediário) e provável (baixo risco).

Obviamente tais princípios pressupõem a utilização de fórmulas matemáticas complexas de análise de risco parametrizadas a condições de mercado, sendo que, como elemento de distorção, tem-se que a análise de riscos leva em conta o ambiente econômico atual, o *zeitgeist* da economia, o que permitiu uma maior tolerância na relação risco/lucro.

Sob este ângulo, as novas regulamentações que alinharam o GAAP brasileiro àquelas regras internacionais aumentam a padronização da análise de risco, impedindo uma maior multiplicidade de formas de controle adequadas, impedindo a evolução dos sistemas de auditoria.

Obviamente, esta padronização possui como elemento importante um maior grau de controle destas atividades, porém, como ponto negativo, reduz a possibilidade de criação de novas regras, pois o grau de concentração e o fato de tais regras serem mundiais reduz a capacidade de regulação destas regras pela necessidade de um grande consenso.

É dizer, quando maior a necessidade de consenso, menor a força de regulação de um dado texto e menor a sua capacidade de imposição de pontos de vista tecnicamente adequados, pois o código maioria qualificado pressupõe mais acordos políticos que acordos técnicos.

Deixa-se claro, que os sistemas de quantificação e especificação dos riscos para a contabilidade, no caso brasileiro antes da lei n.º 11.638, eram inadequados e pouco específicos, existindo, tão-somente, a regra que estabelecia a necessária rotatividade das empresas de auditoria contida no parágrafo 3º do artigo

177 da lei n.º 6.404 e no artigo 31 da Instrução da CMV n.º 308 de 1999, aplicável, agora a todas as companhias de grande porte, mesmo sendo anterior a modificação das normas contábeis brasileiras.

Porém, tais dispositivos não conseguem, completamente, eliminar os riscos sistêmicos, pois, utilizando a clara expressão luhmaniana, a observação de segunda ordem interna ao sistema ou a heteroobservação externa ao sistema devem, sempre, ocorrer, pois o olho não visualiza o ato de olhar do olho, criando um ponto cego, como já dito.

É dizer, sempre, em uma observação unilateral, não existe a consciência crítica, o reposicionamento constante frente ao objeto, analisando-o sob vários ângulos, nem mesmo uma segunda observação sobre a forma da observação originária dos riscos.

Da mesma forma, a crise do *subprime* pressupõe uma alta tolerância na fórmula de risco versus lucratividade, ou seja, imaginando um cenário hipotético, em uma concorrência perfeita o que ocorre é que há um ponto de inflexão que é quando os riscos dos negócios fogem, completamente, de um padrão de razoabilidade, chegando aos limites dos jogos de azar (analogia imperfeita e atécnica, porém, eficiente).

Nos jogos de azar, como a roleta, a exemplo, há uma chance baixa de ganho, porém estes ganhos são de alta monta/escala, porém, ressalta-se que o valor é apostado a título de perda, prejuízo, não de ativos.

Da mesma forma, as provisões para devedores duvidosos já são alocadas a título de perda, não sendo estocadas, unilateralmente, no ativo, mas anuladas por contas do passivo.

Logo, dentro de uma conduta normal de negócios, o que ocorre é, efetivamente, uma alocação objetivizável e clara dos riscos assumidos em uma operação que deveriam ser próximos a zero ou quantificáveis de maneira confiável, como as provisões de inadimplência que, hoje, aparentemente, são os vilões do alto *spread* bancário e retração do crédito.

Neste caso, ocorreu uma atuação racional do mercado, com a retração de riscos e diminuição correspondente dos lucros auferidos pelas instituições financeiras.

Da mesma forma, deixa-se claro que este ponto de inflexão não é objetivizável, nem mesmo homogêneo de empresa para empresa, porém, deve ser contabilizado de maneira adequada, utilizando modelos matemáticos para permitir uma fiel avaliação de tais fatores de precificação das transações e remuneração correspondente do capital investido.

Retomando, o Brasil possuía regras rígidas de regulação da emissão dos derivativos e do grau e forma de endividamento do sistema bancário, o que impedia a criação de novas formas complexas e não quantificáveis de derivativos fossem criadas.

Entretanto, como dito, inexistiam regras contábeis claras e sofisticadas para lidar com tais problemas, algo que foi, parcialmente, corrigido pela adoção das regras e princípios contábeis internacionais pelas empresas brasileiras.

Recorda-se que, agora, não só as companhias abertas (sociedades anônimas) devem seguir as regras contábeis internacionais, mas, também, as companhias fechadas (sociedades anônimas) e as empresas limitadas consideradas como de grande porte.

Sem dúvida, o estabelecimento de regras corporativas (como as de governança corporativa e contabilização) mais rígidas permitem um maior grau de controle de operações e uma maior base de dados de empresas que seguem práticas uniformizadas.

Entretanto, como resposta sintética à questão, maiores controles do mercado devem existir que não serão resolvidos, apenas, por regras contábeis, mas exigem uma regulamentação intervintiva mais forte na demarcação de quais formas de instrumentos financeiros podem ser criadas e regras claras sobre riscos aceitáveis nestas operações e sua forma de contabilização.

V

Conclusões e respostas sintéticas às questões formuladas

1. A auditoria jurídica pressupõe um reposicionamento constante frente ao objeto direito, sendo uma forma de reflexão sistêmica que permite, a partir dos estados alcançados, uma visão global das consequências derivantes das formas de operação de uma empresa sob uma perspectiva do sistema jurídico como um todo e dos outros sistemas sociais.

2. A verificação dos fatores e causas que influenciaram a decisão jurídica de uma empresa são obtidos a partir da Teoria das Provas, utilizando, especialmente, a enunciação enunciada das normas individuais e concretas emitidas pela empresa sob exame.

3. Esta visão global é verificada nas consequências jurídicas nos mais variados sistemas sociais, especialmente, no sistema econômico (sob o ângulo do valor de uma empresa e das análises de riscos alocadas economicamente aos balanços) e no sistema político (na percepção da empresa perante a opinião pública).

4. Ao mesmo tempo, as consequências jurídicas são vistas sob uma perspectiva jurídica e sistêmica, ou seja, há a verificação se o processo de programação utilizado pelo direito foi adequado, juridicamente.

5. Sob o ângulo da auditoria jurídica, sem dúvida, as novas regras contábeis facilitaram a sua atuação, pois padrões mais altos e internacionalmente aceitos permitem que as informações geradas pela auditoria sejam tratadas diretamente nos mais variados sistemas jurídicos.

6. A nova forma de regulamentação do sistema contábil nacional pela lei n.º 11.638 delimitou uma ruptura sistêmica na forma de contabilização de riscos e custos empresariais.

7. Como resposta à primeira questão, o regime tributário de transição, contido na lei n.º 11.941 e regulamentado pela IN RFB n.º 949 de 2009 representou uma falsa forma de absoluta neutralidade fiscal das novas regras contábeis em relação ao direito tributário, pois o direito tributário se apóia em uma interpretação dinâmica do fenômeno contábil.

8. Respondendo à segunda questão, a neutralidade fiscal somente ocorreu quando as regras tributárias diferenciavam-se das regras societárias, o que é o caso específico dos preços de transferência.

9. Na resposta à terceira questão, estabelece-se a premissa que a análise de riscos na crise do *subprime* revelou um ponto cego do sistema jurídico e econômico, em que o uso dos métodos de avaliação de risco não levava em conta a possibilidade de contingência do inexistente círculo virtuoso (bolha especulativa) gerado pelo crescimento de todos os setores da economia.

10. Portanto, com as novas regras contábeis brasileiras alinhadas ao sistema IFRS, há, ao menos, um maior direcionamento na alocação da análise de risco por parte das empresas que adotam tal sistema em detrimento do inexistente sistema brasileiro anterior a tal alinhamento, porém, não resolvem integralmente o problema, que pressupõe uma necessidade de um esquema mais claro de regulamentação da criação de derivativos e análise de risco específica dos instrumentos financeiros.

*Advogado, consultor jurídico, contador, e professor das especializações em Direito Tributário da PUC/SP/COGEAE, FAAP, EPD e ATAME-DF.