



ESTUDOS apresentados à MESA SEMANAL DE DEBATES do
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Entidade complementar à Universidade de São Paulo
Presidência e coordenação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira

DIREITO TRIBUTÁRIO

ATUAL Vol. 11/12

- **COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL.**
- **AS IMUNIDADES. IMPOSTOS DIRETOS E INDIRETOS.**
- **IPI, ICMS E ISS: FATOS GERADORES AFINS OU CONFRONTANTES. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.**
- **IMPOSTO DE RENDA. GANHOS DE CAPITAL. PROMESSA DE VENDAS DE AÇÕES.**
- **PROVISÃO PARA CRÉDITOS DE LIQUIDAÇÃO DUVIDOSA.**
- **IPI E BASE DE CÁLCULO DO ICMS.**
- **NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. REEXPORTAÇÃO.**
- **ICMS E ISS. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988.**
- **REGIME JURÍDICO DAS CONTRIBUIÇÕES. CONSTITUIÇÃO DE 1988.**
- **O FINSOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.**
- **IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

CO-EDIÇÃO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA
SÃO PAULO - 1992

IMPOSTO DE RENDA. GANHOS DE CAPITAL.

PROMESSA DE VENDA DE AÇÕES

DECRETO-LEI Nº 1510, DE 1976.

Brandão Machado
Advogado em São Paulo
Sócio-Fundador do IBDT

J.B.C., de São Paulo, expõe os dados do problema de imposto de renda que está enfrentando e consulta sobre se é legítima a exigência que lhe está fazendo o fisco federal. O caso é assim resumido pelo consulente: adquiriu, em 1977, de várias pessoas um bom número de ações de duas companhias, de que já era sócio, estipulando no contrato de compra que o pagamento do preço seria feito em parcelas mensais e que o negócio era celebrado com a cláusula de reserva de domínio, o que vedava ao comprador a possibilidade de onerar ou alienar as ações negociadas, enquanto não fossem pagas, as quais, todavia, poderiam livrar-se do entrave dessa cláusula à proporção que fossem liquidadas as parcelas do preço. Fez uma segunda aquisição de ações em 1979.

Pouco mais de um ano depois, mas ainda na vigência da cláusula reservati dominii, decidiu o consulente negociar as ações assim compradas, juntamente com as que já possuía, celebrando não um contrato de venda de ações - que não lhe era permitido celebrar - mas uma promessa de venda, em que se pactuou, como condições, entre outras, que o preço da promessa seria pago em 37 parcelas, a maioria delas representada por notas promissórias, livremente negociáveis, e que as ações, todas nominativas, seriam transferidas à promissária compradora somente após o pagamento da última prestação do preço.

Conquanto tivesse celebrado promessa de venda das ações por preço superior ao respectivo custo de aquisição, deixou o consulente de oferecer à tributação do imposto de renda, como ganhos de capital sujeitos ao tributo, a diferença entre o valor da promessa e o custo, por entender que a promessa de venda não estava prevista na lei fiscal aplicável aos ganhos de capital vigente na época, e sobretudo porque, no ano em que celebrou o negócio de promessa, não auferiu parcelas do preço que traduzissem uma realização de renda tributável. Assim não entendeu, no entanto, o fisco federal, que, depois

de haver pedido declarações e documentos, acabou por lavrar auto de infração para exigir imposto de renda com a aplicação de multa, relativo aos exercícios de 1979 e 1980.

A impugnação do consulente não foi acolhida na primeira instância administrativa. Na segunda instância tampouco foi bem sucedido o seu recurso. O 1º Conselho de Contribuintes, ao repelir as razões da recorrente, adotou como fundamento de sua decisão os seguintes argumentos: a) a promessa de venda é negócio idêntico à venda, para os efeitos fiscais; b) o recebimento do preço em notas promissórias equivale ao recebimento em dinheiro, uma vez que esses títulos podiam ser livremente negociados pelo credor, como permitia o contrato de promessa de venda de ações e, por isso, o ganho de capital foi considerado como realizado na mesma data em que o consulente celebrou a promessa e recebeu os títulos cambiais. E formula o consulente especificamente indagações sobre se é lícito equiparar promessa de venda à venda, para os efeitos fiscais, quando se sabe que da assimilação resulta uma obrigação tributária, e se é legítimo considerar realizada a renda da pessoa física recebida em notas promissórias.

I - Para justificar a exigên- do imposto de renda, no caso da consulta, o fis- co defende duas teses: a) a de que a promessa de venda de ações é uma forma jurídica de alie- nação de participações societárias, embora a transferência dos títulos se venha a dar somen- te depois de paga a última parcela do preço, co- mo está estipulado no contrato; b) a de que as notas promissórias, recebidas como pagamento do preço de algo que se compra, podem constituir de per si uma renda realizada, se o emitente auto- rizou o beneficiário a pôr os títulos em circu- lação.

II - As duas teses da Fazenda são indefensáveis, pois se fundam em premissas falsas que não dissimulam a evidente violação de norma e princípios do nosso direito tributário. A primeira delas ofende regra claríssima do Cõ- digo Tributário Nacional, que veda o emprego da analogia, se dele resulta obrigação de pagar im- posto. A outra tese atinge fundo, ao mesmo tem- po, dois outros princípios: o da realização da renda e o da capacidade contributiva, cuja ob- servância é de rigor também na aplicação da lei fiscal.

III - A Constituição Brasilei-

ra, como se sabe, não define o que seja renda, quando atribui à União Federal competência para instituir o imposto de renda (art.153, III). O Código Tributário Nacional, por sua vez, tampouco oferece um conceito de renda preciso e ao mesmo tempo abrangente, capaz de envolver todas as hipóteses que a legislação ordinária classifica como tal. O Código limita-se a dizer (art. 43) que "renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos". Está claro que essa definição não é suficiente para indicar, com precisão, o que é o produto do trabalho ou a partir de que valor esse produto poderia significar renda. Também em relação ao produto do capital, a norma codificada é incompleta. Ela oferece apenas uma noção nuclear de renda, ou uma idéia matriz, para conduzir o legislador na seleção de hipóteses em que se pode vislumbrar a presença da idéia nuclear. O mesmo ocorre, quando o Código define (art.43, III) o que sejam proventos de qualquer natureza: são os acrêscimos patrimoniais não derivados do capital, nem do trabalho. Nessa vaga definição se compreendem os chamados ganhos de capital (capital gains) e também prêmios de loteria, recompensas, e semelhantes. Aqui também o legislador ordinário tem de completar o que falta ao conceito básico do Código.

IV - A partir da noção fundamental de renda, acolhida pelo Código, e que é, em substância, um acréscimo de patrimônio, a lei ordinária passa, então, a indicar, com a maior especificidade possível, quais são as receitas - produzidas pelo capital ou pelo trabalho ou por ambos - que constituem renda tributável. A classificação dos rendimentos não decorre apenas de pura necessidade lógica de identificação, mas impõe-se como um imperativo que o legislador não pode ignorar, pois o princípio da legalidade, que domina a tributação (Const. Fed., art. 150, I), requer seja claramente indicado na lei, como hipótese, o fato cuja ocorrência dará origem ao dever de pagar imposto. Para que a tributação seja legítima, é preciso que a lei do imposto especifique, com clareza, em que hipótese o contribuinte se torna devedor do tributo. No caso do imposto de renda, não bastaria que a lei dissesse que são devedores todos os que percebem renda. É preciso que ela diga, em cada caso, como e porque o indivíduo fica obrigado ao imposto. Daí porque os rendimentos são classificados de acordo com a sua origem, como, por exemplo, a renda do capital (dividendo de uma companhia; juros de um empréstimo; aluguel de uma casa, etc.) ou do trabalho (como salário, honorários, comissões, etc.). Os rendimentos são, portanto, clas

sificados segundo a sua origem ou de acordo com o negócio realizado em cada caso.

V - O que ocorre com a renda produzida pelo capital ou pelo trabalho, ou por ambos, sucede também com os ganhos de capital, ou seja, com os acréscimos de patrimônio a que o Código Tributário (art.43, II) e a Constituição (art.153, III) chamam proventos de qualquer natureza. Os ganhos de capital são constituídos pela vantagem que alguém obtém alienando um bem ou um direito por valor superior ao respectivo custo. Aqui não existe renda produzida pelo capital, porque o próprio capital é alienado. O ganho está na diferença entre o custo desse capital e o preço de sua venda ou permuta.

VI - A legislação brasileira do imposto de renda tardiamente disciplinou, de modo pleno (Lei nº 7713, de 1988), a tributação dos ganhos de capital. Não obstante prevista já a sua taxação pelo Regulamento aprovado pelo Decreto nº 17.390, de 26.7.1926, numa definição deficiente ("Art.22 - Consideram-se rendimentos brutos os ganhos derivados do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, inclusive os que promanarem da venda ou da permuta de propriedades."), a primeira norma legal que envolveu o ga

nho de capital como matéria tributável, entre nós, está no Decreto-lei nº 4.178, de 13.3.1942 (art.10, § 1º, letra b), que submeteu ao imposto de renda as quantias decorrentes da cessão de quaisquer direitos. Mas como não editou outras regras, também necessárias, para a apuração do ganho líquido obtido na cessão, a norma ficou sem aplicação.

VII - Somente em 1946, com a publicação do Decreto-lei nº 9.330, de 10 de junho, é que o Brasil passou a tributar os ganhos de capital, derivados da venda de bens imóveis. O texto desse diploma era bastante claro, ao indicar a operação de que podia resultar o ganho tributável: o negócio jurídico de compra-e-venda. Mas, no afã de ampliar a receita do imposto, o fisco federal interpretava a lei recorrendo ao emprego da analogia, processo lógico que permite ao aplicador da lei estender a sua eficácia a casos semelhantes ao caso por ela disciplinado. Fica óbvio que o recurso à analogia é utilizado pelo aplicador da lei, quando ela é lacunosa e o caso a ser decidido precisa ser resolvido e não há norma específica para ele. Aplicando a analogia, o fisco considerava tributável também o lucro derivado da promessa de venda. A jurisprudência dos tribunais, no entanto, repe-

liu essa pretensão fiscal, desaprovando o uso da analogia na espécie (cf. Ac. do Trib. Fed. de Recursos de 15.6.1964, in Revista de Direito Administrativo, vol.82, pág.73; Supremo Tribunal Federal, acórdão de 14.6.1963, in Revista de Direito Administrativo, vol.74, pág.98).

VIII - Vale recordar que também o legislador de alguns Estados-membros, em flagrante desrespeito à Constituição de 1946, a provara leis para equiparar a venda, como ato translativo da propriedade, a simples cessão de direitos de promessa de compra-e-venda de imóveis, ampliando, assim, o campo de incidência do imposto de transmissão entre-vivos, então de competência estadual. Essa assimilação também foi repelida pelos tribunais e acremente censurada pela doutrina (A.Gonçalves de Oliveira, in Revista de Direito Administrativo, vol.18, pág.59; Supremo Tribunal Federal, in Rev. de Dir. Administrativo, vol.18, pág.64, vol.20, pág.82; Tribunal de Justiça de São Paulo, in Rev. de Dir. Administrativo, vol.28, pág.177). Registre-se que a cessão de direitos relativos a imóveis passou a ser tributada a partir da Emenda Constitucional nº 18, de 1965.

IX - A controvérsia objeto da

consulta é outro caso em que o fisco recorre à analogia para fundamentar a exigência do imposto.

Como se sabe, até 1976 o lucro obtido pela pessoa física na venda de ações de companhias ou cessão de quotas de sociedades não estava sujeito ao imposto de renda. Com o Decreto-lei nº 1.510, de 23.12.1976, decidiu o Governo instituir a tributação daquele lucro, estabelecendo: "Art.1º - O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer partes societárias está sujeito à incidência do imposto sobre a renda na cédula H da declaração de rendimentos."

O texto utilizava o termo genérico alienação, que compreende não só a venda, que é a operação mais freqüente, mas também a permuta, a dação em pagamento e quaisquer outros negócios que sejam aptos para transferir a propriedade das participações societárias. Alienar, que vem a ser tornar alheio, é expressão técnica do direito, com sentido bem definido, e que traduz a idéia de transmissão de domínio. E quando o legislador fiscal utiliza expressão de linguagem técnica do direito, o intérprete deve tomá-la no seu exato significado, porque qualquer restrição ou ampliação de sentido pode redundar

em violação do princípio da legalidade. Uma restrição de sentido poderia impedir uma incidência legítima, da mesma forma que a sua ampliação seria capaz de produzir dano ao contribuinte.

Como observou Berliri, quando il legislatore tributario parla di vendita, di mutuo, di enfiteusi, di societã, di comunione.. deve ritenersi che tali espressioni abbiano lo stesso valore che hanno nelle altre branche del diritto (Principi di diritto tributario, Milão, 1952, vol.I, pãg.64). Assim também ensinam Ruy Barbosa Nogueira, Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias, São Paulo, 1965, 2a. ed., pãg.59; Blumenstein, System des Steuerrechts, Zurique, 1971, 3a.ed., pãg.18; Wenz, Steuerrecht und Privatrecht, Estugarda, 1957, pãg.309.

Os conceitos e institutos do direito privado, utilizados pela lei tributária, devem, assim, ser tomados com o mesmo valor semântico que têm no ramo jurídico de que são próprios. Quando o legislador fiscal pretende atribuir-lhes significado diverso, deve fazê-lo expressamente, pois, se assim não fora, o direito perderia sua função essencialmente reguladora, e estaria aberta a porta para o arbítrio. Esta exigência que se impõe ao legislador fiscal decorre de uma necessidade que se pode dizer axio

mática. Se fosse permitida ao aplicador da lei tributária a adoção de um critério elástico para fixar os conceitos que lhe pareçam adequados para a nomenclatura legal, o princípio da legalidade na tributação seria coisa sem sentido. Quando, portanto, a lei diz alienação de ações ou quotas, quer dizer efetivamente alienação, e não promessa de alienação.

X - Para exigir o imposto do consulente, o fisco federal confundiu os dois conceitos, que são tão claramente distintos, que seria até ocioso mostrar a distinção. Como termo genérico, alienação designa a transferência da propriedade de um bem ou direito, e essa transferência pode dar-se por meio de contrato de compra-e-venda e tradição da coisa, de permuta e tradição da coisa e outros. Se se trata de imóvel, a lei exige o registro do contrato de compra no órgão competente; se se cuida de ações de companhia, há necessidade de lavratura do termo de transferência em livro próprio em poder da companhia, como também exige a lei respectiva. A alienação se consuma quando o adquirente assume a qualidade de titular da propriedade da coisa alienada. A alienação abrange, portanto, não só o ato de contratar a transferência da propriedade, mas também a transmissão da posse da

coisa, e os atos de registro, quando exigidos por lei.

Na promessa de alienação, o promitente se obriga tão somente a celebrar um futuro contrato. A promessa é prē-contrato. É o pactum de contrahendo contractu dos romanos. Não opera tampouco a transferência da propriedade. Se o bem objeto da futura alienação é imóvel, lei especial atribui ao contrato de promessa irrevogável registrado no órgão competente eficácia de direito real. A promessa de alienação é suscetível de inadimplência, como qualquer negócio, e a alienação não ocorre. No contrato de alienação, o descumprimento dele por parte do adquirente ocasiona a cobrança do preço, porque então já se terá consumado a transferência da propriedade.

XI - A promessa de alienação contratada pelo consulente continha a obrigação de vender ações de companhias. Celebrou não um contrato de venda, mas uma promessa de vender. Bastará um sumário confronto entre esses dois institutos jurídicos, para de pronto se concluir que o contrato firmado pelo consulente não tinha todos os elementos de um ato de alienação de que fala a lei fiscal. O contrato de compra-e-

venda é assim definido pelo Código Civil: "Art. 1.122. Pelo contrato de compra-e-venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro." O vendedor não transfere a propriedade da coisa objeto de contrato. Obriga-se a transferi-la e essa transferência acontece, no caso de coisa, quando o vendedor faz a entrega dela ao comprador. A entrega, que na linguagem jurídica se diz tradição, é ato indispensável à transmissão da propriedade. O artigo 620 do mesmo Código é peremptório: "Art.620. O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição." De acordo com as regras do Código, o contrato de compra-e-venda não opera a transferência do domínio da coisa vendida, cuja propriedade é transferida ao comprador depois da tradição. Pontes de Miranda explica desta maneira: "A finalidade do contrato de compra-e-venda é a transferência da propriedade. Mas tal contrato não a transfere; apenas tem por fim transferir. Não se há de confundir transferir com prometer transferir." (Tratado de Direito Privado, Rio, 1962, tomo XXXIX, pág.11).

XII - Se o contrato de compra-e-venda não transfere o domínio senão depois da tradição, forçoso é concluir que a promessa de

venda menos eficácia tem para produzir essa transferência. Com efeito, a promessa, como pré-contrato, não objetiva a transmissão imediata do domínio e a posse do bem prometido, mas a futura contratação da compra-e-venda. Aqui não há obrigação de entregar a coisa, pois que tal obrigação existe é no contrato de venda, não no contrato de promessa. Ora, se no pré-contrato não se obriga o promitente a entregar coisa nenhuma, mas tão somente se obriga a celebrar outro contrato, claro que a promessa é ineficaz para transferir a propriedade. Em outras palavras: a promessa de compra-e-venda não é negócio jurídico de alienação, no direito brasileiro.

Em outros sistemas jurídicos, como no francês, por exemplo, a promessa de venda pode confundir-se com a própria venda. É que a propriedade da coisa vendida se transfere com a só celebração do contrato, independentemente da tradição. O artigo 1.589 do Código Napoleão dispõe que, havendo acordo quanto à coisa e ao preço, a promessa de venda vale como venda (la promesse de vente vaut vente). Sem embargo de vozes discordantes, a doutrina francesa entende que a venda e a promessa de venda se equiparam (cf. Colin-Capitant-De La Morandièrre, Cours Elémentaire de Droit Civil Français, Paris, 1948, vol. II, pãg.556).

No direito brasileiro, como se disse, os institutos se distinguem nitidamente. E a distinção se torna mais nítida, quando a lei condiciona a eficácia da transferência do domínio da coisa vendida ao atendimento de algum requisito de ordem formal, como é o caso precisamente da venda de ações nominativas. A Lei nº 6.404, de 15.12.1976, Lei das Sociedades Anônimas, estabelece que a transferência das ações nominativas se opera mediante termo lavrado em livro próprio em poder da companhia, com a assinatura dos interessados (art.31, § 1º). A lavatura do termo é condição essencial para operar a transferência, não bastando apenas o contrato de compra-e-venda. Com a assinatura do termo, o adquirente pode figurar no livro de registro de ações nominativas como titular das ações transferidas, ficando a seu arbítrio a emissão, ou não, de novos títulos. O ato de alienação, no direito brasileiro, se completa portanto, quando o vendedor assina, no livro especial, o termo de transferência, pois é só a partir daí que passam a integrar o patrimônio do comprador.

XIII - O negócio realizado pelo consulente, de que resultou a exigência do imposto, não tem as características de um ato de alienação. Tendo prometido vender ações nomina-

tivas, obrigou-se a celebrar um futuro contrato de compra-e-venda, e sō quando viesse a contratar a venda dos títulos é que promoveria a sua alienação. Como simples promessa de contratar, não assumiu nenhuma obrigação de fazer a tradição da coisa objeto da futura contratação. A venda dos títulos seria celebrada depois de pago integralmente o preço da promessa. Enquanto a promissãria compradora não resgatasse a última das notas promissórias emitidas no ato da celebração da promessa, o promitente não tinha de cumprir nenhuma das obrigações que a lei impõe ao vendedor, excluída, portanto, a de transferir a propriedade das ações. Ora, se a promessa de per si não impõe nem mesmo a obrigação de fazer a tradição da coisa, que, no caso concreto, ficou diferida para quando se celebrasse a venda, fica claro que não é possível ver na promessa um negócio de alienação.

Ao confundir promessa de venda com venda de ações, o fisco utilizou, como se disse, a analogia, cujo emprego é autorizado pelo Código Tributário para a interpretação da legislação de tributos (art.108, I). Mas o emprego dela sō tem cabimento, quando o intérprete constata que a lei carece de norma para regular o caso concreto. A analogia tem função integra-

dora do direito e só pode ser invocada pelo intérprete, quando o direito é lacunoso (Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, São Paulo, 1974, pág.328; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlim, 1979, 4a.ed., pág. 366). O que importa examinar, então, é se o texto do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, que criou a incidência do imposto, contém lacuna que possa ser preenchida pelo emprego da analogia.

XIV - O método científico, hoje amplamente utilizado pelos intérpretes mais exigentes, para a descoberta de lacuna na lei, está no exame do próprio texto e na sua interpretação histórica e teleológica (Larenz, Methodenlehre, op.cit., pág.358; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlim, 1964, pág.34). Como a norma que instituiu a incidência resultou de uma decisão de gabinete, e não de uma discussão parlamentar, como é o caso do decreto-lei, fica difícil, senão impossível, ao exegeta perquirir os motivos que inspiraram a edição da norma para detectar, em busca de eventual lacuna na lei, uma possível discordância entre o que se projetou e o que se legislou. Resta a interpretação teleológica. A análise do texto do decreto-lei revela o intuito do Governo de tributar o lucro derivado da alienação de participa-

ções societárias adquiridas até cinco anos antes da alienação. A lei excluía da incidência o lucro das operações de Bolsa de Valores qualquer que fosse a data da aquisição das ações (art.4º, letra a), bem como dos ganhos obtidos com a alienação de ações ou quotas adquiridas havia mais de cinco anos (art.4º, letra d). No mesmo dispositivo, o diploma legal excluía da incidência outras hipóteses (letras b e c), sem fazer qualquer referência a direitos que poderiam valer como participações societárias e ser objeto de alienação, como ocorreria com as opções, o direito de preferência para a subscrição, e a própria promessa de compra de ações. Isso tudo mostra o propósito de tributar o ganho resultante apenas da alienação, como ato translatício do domínio das participações. Os demais negócios que não importam em alienação estão excluídos. O texto legal não oferece nenhuma indicação de que teria ocorrido omissão do legislador, que bem poderia, se quisesse, conceituar a promessa como ato de alienação. Mas, teria de fazê-lo de modo expresso. Se não o fez, é porque não era esse o seu intento. A lei, portanto, não apresenta lacuna suscetível de integração.

XV - Admitindo, gratia argumendi tantum, que o Decreto-lei nº 1.510, de 1976,

é lacunoso e que o legislador queria dizer alienação e promessa de alienação e sô disse alienação, ainda assim a exigência do imposto, no caso da consulta, não se justifica, porque o Código Tributário proíbe o emprego da analogia, quando do seu uso resultar uma incidência não prevista em lei. É o que prescreve o "Art. 108, § 1º - O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto na lei." Como o decreto-lei não previa a tributação do lucro derivado da promessa de venda de ações, o agente fiscal não podia aplicar a analogia, confundindo promessa com venda sem cometer grave ofensa ao preceito do Código. A equiparação aí estava proibida, mesmo se a lei contivesse lacuna. Cabe lembrar que a norma do art.108, § 1º do Código, proibitiva da analogia, é uma necessidade que decorreu da nossa própria formação histórico-cultural, pois objetiva assegurar a plenitude do princípio da legalidade na tributação. Em virtude da mesma proibição do Código é que no Brasil não se admite o uso do chamado critério econômico na interpretação da lei tributária, propugnado entre nós por alguns autores, sem perceberem o erro em que incidem. Analogia e critério econômico têm de andar juntos e a proibição daquela exclui a adoção deste, como observou agudamente Sampaio Dória, Elisão e Evasão Fiscal, S.Paulo, 1971, pág.67.

XVI - Na sistemática de tributação da renda, é fundamental, como habitualmente se reconhece, o princípio da realização, por vezes não observado pelo legislador tributário de muitos Estados e descurado da doutrina brasileira. Tem merecido, no entanto, a atenção da tributarística estrangeira, cujas formulações se ajustam perfeitamente ao nosso direito tributário, não obstante o seu rígido formalismo. O princípio da realização está presente na tributação da renda da pessoa física ou jurídica, mas é precisamente na tributação da pessoa física que a aplicação do princípio se torna mais imperativa.

O conceito de realização não se confunde com o de liquidação (ato de transformar em dinheiro um bem ativo do contribuinte), se bem que a liquidação nesse sentido possa constituir momento da realização em certas hipóteses. O que caracteriza a realização é a certeza do contribuinte de dar como separado do seu patrimônio o bem ou direito cuja alienação vai assegurar a aquisição do ganho. Tem de acontecer um fato econômico com revestimento jurídico como condição para que se dê a realização. Na sucinta explicação de Stanley S. Surrey e William C. Warren, a realização é a separação do ganho do

capital original aplicado na propriedade (Federal Income Taxation, Brooklyn, 1962, pág.608). Quando uma parcela do patrimônio do contribuinte dele se destaca jurídica e economicamente, produzindo um acréscimo de valor, então se diz que ocorreu a realização. Assim também explicamos o fato os tributaristas Charles L.B.Lowndes ("Current conceptions of taxable income", in Ohio State Law Journal, vol.25 (1964), pág.177), e Philip Mullock ("The constitutional aspects of realization", in University of Pittsburgh Law Review, vol.31 (1970), pág.619).

XVII - No simpósio da Associação Alemã de Direito Tributário, realizado em 1980, em Nurembergue, o tema discutido foi exatamente o da realização do ganho. Desse simpósio participaram grandes tributaristas alemães, suíços e austríacos, que concebem a realização in genere como um acréscimo de patrimônio de forma disponível, o qual se manifesta por meio de variadas operações, tais como, por exemplo, uma venda definitiva com o recebimento do preço à vista ou a prazo, uma permuta, a extinção de uma dívida, contabilização da chamada reserva oculta, etc. Cada um desses fatos concretiza a realização do ganho (Beisse, Gewinnrealisierung im Steuerrecht, Colônia, 1981, pág.14).

Podem ser vários os momentos em que se dá a realização. Hans Luik, que tratou, no mesmo simpósio, do tema sob o ponto de vista do tempo, assinalou (pág.97) que a realização do ganho pode ocorrer no momento da conclusão do contrato de alienação, ou na entrada da contraprestação, ou no vencimento dessa contraprestação, ou na tradição do bem alienado, ou na contabilização do negócio. Convém recordar que, no direito tributário alemão e suíço, tal como no direito americano, a pessoa física é sempre tributada como pessoa física, e não como pessoa jurídica, ainda que exerça uma atividade empresarial, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro. A lei exige então que o patrimônio destinado a essa atividade seja destacado para permitir as deduções específicas do empreendimento, razão por que a contabilização também pode constituir-se em momento de realização.

O mais autorizado tributarista da Alemanha de hoje, Klaus Tipke, dá exemplo de um caso para indicar o momento em que ocorre a realização da renda: um comerciante singular de automóveis vende um carro em março; em julho é feita a entrega; o comprador paga o preço em agosto. E indaga Tipke sobre quando o lucro dessa venda (ganho) foi concretizado: se em março,

na celebração do contrato; se em julho, com a tradição da coisa; ou em agosto com o recebimento do preço. Tipke conclui que a realização da renda, no exemplo, ocorre no mês de julho, por ocasião da tradição do automóvel, porque é quando o alienante pode ativar o crédito correspondente ao respectivo preço (Steuerrecht, Colônia, 1987, pág. 304). Enquanto a prestação não é satisfeita, o que há é um negócio pendente, e, portanto, não ocorre a realização da renda tributável.

No estudo do princípio da realização da renda, mereceu atenção particular o tratamento fiscal dos chamados negócios pendentes, assim considerados aqueles que, não obstante juridicamente concluídos pelos contratantes, ainda não produziram os efeitos que resultam do seu cumprimento. O ganho que o contratante estima obter no negócio, como numa venda, por exemplo, nem pode ser registrado, enquanto a sua própria prestação não tiver sido inteiramente cumprida. Joachim Lang, da Universidade de Colônia, invocando decisões do Tribunal Federal de Finanças da Alemanha, deixou claro que, embora seja também um valor econômico, o crédito resultante de um negócio pendente não é compreendido nesse conceito para o direito tributário, porque, durante a pendência do negócio, os direitos e obrigações

gações dos contratantes se contrapõem de maneira equivalente (Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, Colônia, 1988, pág.411). A realização da renda derivada dos negócios pendentes fica, então, diferida para quando se tornarem definitivos.

XVIII - A hipótese objeto da consulta é o típico negócio pendente, tão bem estudado pela moderna tributarística. A promessa de venda de ações nominativas, com pagamento do preço em parcelas representadas por notas promissórias, não opera a alienação dos títulos, constituindo, do ponto de vista do direito privado e tributário, um negócio pendente, que condiciona a realização do ganho de capital ao fato da transmissão das ações, programada para depois do resgate da última parcela do preço. Não há dúvida nenhuma de que, enquanto não fossem transferidas as ações, mediante a assinatura dos respectivos termos lavrados no livro próprio em poder da companhia emissora (art.31, § 2º, da Lei 6.404, de 15.12.1976), não havia ocorrido nenhuma operação capaz de configurar a realização de qualquer ganho de capital, independentemente do pagamento de qualquer parte do preço. Só a venda, e não simples promessa de venda, poderia concretizar a realização da renda. Nisso acertou

o legislador brasileiro quando, ao criar a nova incidência com o Decreto-Lei nº 1.510, observou o princípio da realização da renda, tributando o lucro resultante da alienação, e não da promessa de alienação, como abusivamente interpretou a administração.

XIX - No julgamento do recurso que o consulente interpôs para o Primeiro Conselho de Contribuintes, esse colegiado adotou, para repelir o recurso, o fundamento de que as notas promissórias representativas das parcelas do preço seriam facilmente conversíveis em dinheiro. Para esse tribunal administrativo, a circulabilidade das cambiais, superfluamente consignada no contrato, constituiu o grande fundamento que justificaria a incidência do imposto.

É do mais elementar conhecimento que a circulação é da essência dos títulos cambiais. No direito cambiário brasileiro anterior à vigência da Lei Uniforme, qualquer cláusula que proibisse o endosso (isto é, a circulação do título) era considerada não escrita (art. 44, nº II, do Decreto nº 2.044, de 31.12.1908). Textualmente assim prescrevia a regra: "Art.44. Para os efeitos cambiais são consideradas não escritas: I - a cláusula de juros; II - a cláusula

la proibitiva do endosso..." Por meio do endosso é que se punha a cambial em circulação. Se a lei declarava nula a cláusula que proibisse o endosso, a circulação do título era da sua essência.

A Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, resultante da Convenção de Genebra de 1930, e que passou a ser direito interno no Brasil a partir da respectiva promulgação pelo Decreto nº 57.663, de 24.1.1966, em seu artigo 11, combinado com o art.77, estabelece também que o endosso é da natureza das notas promissórias, quando emitidas igualmente à ordem do beneficiário. Isso é o mesmo que dizer que o contrato não precisava estipular que as promissórias recebidas pelo consulente poderiam ser por ele negociadas. A negociabilidade delas já estava assegurada na própria lei que disciplina a vida desses títulos. A estipulação de circulabilidade no contrato foi, portanto, supérflua, já estava na lei, e não poderia jamais ser tomada pelo 1º Conselho de Contribuintes como uma condição especial do negócio para justificar a exigência de um imposto.

A incidência do imposto, no caso, não se explicaria, como supôs o colegiado, pelo fato de poder o consulente converter em dinheiro as notas promissórias em razão de sua cir

culabilidade, aliás prevista na lei, como se disse. Somente se justificaria, se tivesse ocorrido uma alienação de ações, que era então o fato essencial escolhido pelo legislador como produtor de ganhos de capital. Receber o preço à vista ou a prazo não tinha importância, se o fato relevante para a tributação não havia ocorrido.

Mas, é também equivocada a posição de quem confunde nota promissória com dinheiro, mediante o argumento de que o titular da cambial pode convertê-la em dinheiro por meio de uma operação de desconto. O endosso de títulos cambiais transfere a propriedade, é certo, mas o endossante assume obrigação perante o credor, tanto quanto o emitente da promissória e avalista. O negócio de desconto equipara-se a um negócio de financiamento, e tais são os entraves dessa operação, que os mais exigentes sistemas tributários, como o americano, por exemplo, não consideram renda realizada sujeita ao imposto a receita representada por notas promissórias, em hipóteses como a da consulta.

É fato que o Código de Rendas Internas dos Estados Unidos (Internal Revenue Code of 1986, sec. 1001), tal como prescreve o nosso Regulamento de Imposto de Renda (art. 760),

estabelece que a renda também pode ser realizada em bens e não apenas em dinheiro. O dispositivo da lei americana é mais explícito do que a regra do nosso Regulamento (Section 1001, b: The amount realized from the sale or other disposition of property shall be the sum of any money received plus the fair market value of the property (other than money received)). A nota promissória que o contribuinte americano recebe a título de pagamento pode constituir a realização de uma renda. Mas para isso é necessário que a cambial seja facilmente negociável, e alcance no mercado financeiro a mesma avaliação que teriam os títulos de espécie idêntica. Em outras palavras: o título cambial (ou outra obrigação não cartular), recebido como pagamento de uma venda, só é considerado como receita e, portanto, como realizada a renda, se ele tiver justo valor de mercado de terminável, isto é, cuja apuração não dependa de contingências. Quem assim decidiu foi há anos a Corte Suprema dos Estados Unidos (Burnet v. Logan, 283 U.S. 404 (1931)), criando uma jurisprudência que se vem mantendo pela alta sabedoria que reflete.

Com efeito, notas promissórias provenientes da venda de um bem não encontram colocação fácil nas instituições de crédito em ope

ração de desconto; e, quando a encontram, o des-
contante está sujeito a uma substancial redução
do valor dos títulos, que não produzirão um va-
lor justo (fair value); além disso, quem descon-
ta assume uma obrigação perante o novo titular
das cambiais. Todas essas contingências impedem
que as cambiais, quando recebidas em pagamento,
sejam assimiladas ao dinheiro para o efeito da
tributação da renda da pessoa física. Como ob-
servaram dois tributaristas americanos: "É ra-
zoável concluir que uma nota promissória não ne-
gociável na forma indicada no Código Comercial
Uniforme não é, quase por definição, um equiva-
lente em dinheiro, uma vez que ela não é livre
e facilmente negociável a ponto de passar de mão
em mão no comércio." (Diamond e Curtler, "Pro-
missory notes for services: when are they taxable
to a cash basis taxpayer?" in Journal of Taxa-
tion, vol.26, 1967, págs. 67-68).

Para justificar a equiparação
da cambial ao dinheiro, e dar por realizada a ren-
da que ela pode representar, não basta a mera ne-
gociabilidade dela. É preciso muito mais, pois
uma promissória que não tem livre e fácil circula-
ção no mercado não passa de simples título, no caso sim-
ples promessa de pagamento. A renda que ela possa repre-
sentar só se realizará obviamente com o seu pagamento.

XX - Constitui um dos princípios fundamentais da tributação o da capacidade contributiva, isto é, os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. O imposto é uma parcela da riqueza dos indivíduos que se transfere para os cofres do Estado, que deve, de acordo com o princípio, exigir menos imposto de quem tem menos riqueza, e mais de quem pode mais. Ao observar o comando que lhe impõe o princípio, o Estado se propõe realizar a justiça tributária, distribuindo o ônus dos impostos entre os pagantes na justa proporção dos seus haveres.

O ideal da justiça fiscal não é novo no mundo; remonta aos filósofos gregos e, na Idade Média, mereceu a atenção de vários autores. O financista alemão Fr. J. Neumann fez extensa e profunda pesquisa sobre o tema, a partir do texto original dos pensadores da Grécia até o último quartel do século passado, para mostrar a evolução histórica da concepção, que brotou de uma especulação filosófica e se converteu, afinal, num preceito jurídico, sem perder o caráter de postulado da Ciência das Finanças (Die Steuer nach Steuerfähigkeit, Jena, 1880). A consagração formal do princípio em norma de direito positivo data da Revolução Francesa, servindo a cons-

tituição revolucionária de modelo para a constituição de muitas nações européias.

Durante longo período, acreditava-se que uma tributação justa, idealizada em função da riqueza de cada um, poderia ser alcançada, com facilidade, mediante a aplicação de alíquotas progressivas. Segundo a pesquisa de Neumann (pág.554), um assessor do Tribunal Imperial de Nurembergue, de nome Karl, muitos anos antes de Montesquieu, em 1722, já propugnava a progressividade do imposto, idéia concebida também por outros pensadores e logo acolhida por todo o mundo. É possível até que essa concepção tenha contribuído para haver escasso interesse da doutrina jurídica pelo princípio que, por vezes, esteve soterrado, para usar a expressão de Tipke-Lang, Steuerrecht, Colônia, 1989, pág.27).

De algumas décadas a esta parte e coincidindo com a visão nova que se tem da progressividade do imposto, que, na verdade, não realiza a justiça fiscal, mas desempenha a função social de distribuir a riqueza, o princípio da capacidade contributiva passou a ser considerado axioma ético de profundo significado para a tributação. Está consagrado de modo expresso ou implícito na constituição dos povos civiliza

dos. Ele é observado mesmo nos Estados em que a constituição é omissa, como na Alemanha, por exemplo, onde os tribunais o aplicam com frequência e a doutrina lhe dedica atenção especial. Também na Itália, cuja Constituição o prevê de modo taxativo, é assídua nos tribunais a discussão de casos que envolvem a aplicação do princípio.

Essa sumária notícia da evolução histórica do princípio, e da alta relevância que passou a merecer mais recentemente no direito europeu, objetiva mostrar que não foi só entre nós que o preceito esteve esquecido ou ignorado, embora acolhido na Constituição Imperial de 1824 (art.179, § 13) e de novo inscrito na Constituição de 1946 (art.202). Não figurou, é certo, na Constituição de 1967-1969, em vigor na data em que o fisco procedeu ao lançamento do imposto, mas o princípio estava implícito no da isonomia em que se apoia o postulado ético da justiça fiscal. E a Constituição de 1988 reproduz o princípio, embora em termos restritos: "Art. 145, § 1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte..."

XXI - Quando de novo se inscreveu no direito positivo brasileiro o princípio

da capacidade contributiva (Const. de 1946, art. 202), houve quem lhe atribuísse caráter de regra meramente programática, destinada ao legislador, como uma recomendação que ele, no entanto, poderia até deixar de observar. Essa concepção ainda hoje encontra defensores. Outros entendem que o contribuinte pode invocar o princípio apenas contra ato legislativo que imponha uma taxaço exorbitante dos limites razoáveis, mas o critério para aferir a razoabilidade desses limites constitui problema que se tem de resolver em cada caso concreto.

Mas a visào correta que se deve ter da presença do princípio na Constituição não é a de simples mandamento para o Poder Legislativo. Há outras hipóteses em que também se há de invocar o princípio: contra ato da autoridade administrativa ou do juiz que tenha desvirtuado a sua observância. Evidente que o contribuinte não poderia impugnar a cobrança de um imposto sob a alegação simplista de que não dispõe de dinheiro, ou, ainda, que o pagamento do imposto vai desequilibrar seu orçamento. Se há desproporção na alíquota, então a impugnação não se há de fazer contra o ato administrativo ou judicial, mas contra a lei, que não observou o princípio.

O imposto em que mais sobreleva o princípio é, sem dúvida, o da renda, especialmente o da pessoa física, cujos rendimentos tributáveis se apuram segundo o regime financeiro, a que o direito anglo-americano chama cash basis. E é exatamente na apuração da renda tributável, inclusive ganhos de capital, da pessoa física que o aplicador da lei deve ter presente o princípio, para interpretá-la rigorosamente em função dele. O tributarista alemão Joachim Lang, já mencionado, dedicou uma monografia alentada ao tema, demonstrando que o princípio da capacidade contributiva está sempre e necessariamente presente na apuração da renda da pessoa natural (Die Bemessungsgrundlage, op.cit. pág.191). Muitas são as hipóteses em que a autoridade administrativa tem de atender ao princípio, particularmente no âmbito das deduções e abatimentos, visando à apuração da renda disponível.

Seja exemplo a aplicação de cláusula geral, que voltou a constar na legislação brasileira para a apuração da renda do trabalho autônomo (Lei nº 8.134, de 27.12.1990, art. 6º, III). O dispositivo admite que o contribuinte deduza da receita bruta todas as despesas necessárias, mas não define o que seja despesa necessária, de modo que cabe ao contribuinte e ao

fisco encontrar um conceito que atenda ao interesse de ambos. O contribuinte não há de liberalizá-lo a ponto de forrar-se de qualquer imposto, da mesma forma que o fisco não poderá restringi-lo e com isso reduzir a capacidade contributiva do contribuinte.

Mais um exemplo frisante da invocação do princípio é o que está no bojo da consulta. A renda e proventos da pessoa física no Brasil são tributados segundo o regime financeiro, de que já se falou (cash basis). Tributa-se a renda chamada disponível, que é a diferença entre o recebido e o despendido durante o período, entendendo-se como despendido o que a lei admite como dedução expressamente ou por via de interpretação de uma cláusula geral.

O que importa assinalar sempre não é se, no período fiscal, as deduções e abatimentos foram corretamente efetivados, mas se efetivamente entrou para o patrimônio do contribuinte a receita financeira ou o equivalente in natura de fácil conversão em pecúnia. O débito legítimo do imposto de renda da pessoa física pressupõe, em regra, disponibilidade financeira obtida no mesmo período em que auferiu a renda, se bem que não seja singular o caso de pagamen-

to do tributo com recursos ganhos no exercício subsequente. De qualquer modo, o que sobreleva é o fato de receber o contribuinte a receita para atender à obrigação de pagar o imposto. Isso é fundamental.

Quando o fisco exige imposto de renda, como no caso da consulta, sem que o consultante houvesse ainda recebido o preço integral das ações compromissadas, ofende o princípio da capacidade contributiva. O preço das ações foi recebido durante mais de três anos, dividido em parcelas mensais, somando as parcelas do primeiro ano quantia insuficiente para cobrir o respectivo custo. Esse fato indica que a incidência do imposto, se devido, só poderia ocorrer depois de recebido todo o preço das ações, sob pena de estar sendo tributado, não a renda, mas o capital do contribuinte. O lucro da operação, se tributável, somente seria apurado a partir do recebimento integral do custo de aquisição dos títulos compromissados.

Como a promessa de venda de ações não produziu nenhum ganho de capital nos exercícios a que se referem os lançamentos fiscais, porque as parcelas do preço recebidas não haviam ainda superado o valor do custo, fica pa

tente o desrespeito ao princípio da capacidade econômica. O grande erro do agente da Fazenda foi o de confundir promessa de venda com venda, desconhecendo que este é um negócio acabado, ao passo que a promessa de venda é um negócio pendente, que impõe um tratamento tributário especial. No negócio pendente, a renda não é tida como realizada, fato que obriga a diferir a tributação para quando o negócio se torne definitivo. Negócios pendentes típicos são a venda com reserva de domínio, a promessa de venda, a venda com alienação fiduciária. Os resultados de tais negócios não podem ser tratados pela lei tributária como o são os resultados dos negócios definitivos. O Código Tributário (art.43) define o fato gerador do imposto de renda como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou dos proventos. Por disponibilidade econômica se entende a que já integra o patrimônio do contribuinte, em dinheiro ou in natura, ao passo que a disponibilidade jurídica indica a titularidade de direito exigível. Nos negócios pendentes em geral, a disponibilidade jurídica não basta, porque o regime financeiro (cash basis) impõe o requisito da disponibilidade econômica. Falta a disponibilidade jurídica. É o que ocorre com a promessa de venda de participações societárias, sob o regime do Decreto-

Lei nº 1.510, de 1976, em que o lucro só pode ser tributado, depois de pago integralmente o preço e transferidas as ações.

Prova bastante de que o ganho de negócios pendentes impõe um tratamento especial está na Lei nº 7.713, de 22.12.1988, que, entre outras coisas, instituiu a tributação dos ganhos de capital em geral. O seu artigo 21 dispõe que, "nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês..." A nova lei considera como ato de alienação também a simples promessa de compra-e-venda.

XVII - O cotejo entre os dois diplomas legais comprova que o ganho de capital proveniente de promessa de venda de ações não era tributado pelo Decreto-lei nº 1.510, de 1976. Como toda promessa de venda pressupõe um pagamento do preço a prazo, em parcelas, às vezes durante anos, não poderia o legislador ter feito uma norma fiscal para exigir um imposto, logo que o contribuinte houvesse celebrado a promessa de venda, sem antes haver recebido nem mesmo o montante correspondente ao custo de aquisição. Por isso, o Decreto-lei nº 1.510 falou apenas em alienação pura e simples, e não também em promessa.

Se houvesse feito referência também à promessa de venda (ou de alienação), então teria acomodado a tributação dos ganhos de capital de modo que fossem taxados no final do contrato, ou na proporção do recebimento das parcelas do preço, como a legislação já ordena com relação às atividades imobiliárias. O texto da Lei nº 7.713, de 1988, que tributa, mês a mês, os ganhos de capital das alienações a prazo em geral, inclusive das promessas, é o exemplo de como poderia ter sido redigido o Decreto-lei nº 1.510, se o legislador tivesse tido o propósito de abranger também a promessa de venda.

De todo o exposto pode concluir-se que a exigência do imposto resultou do emprego da analogia na interpretação do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, que não era lacunoso; mas, se lacunoso fora, inaplicável, no caso, a analogia, em face da proibição do Código Tributário Nacional (art.108, § 1º). Além disso, o imposto foi exigido, quando ainda não havia sido realizada nenhuma renda, de modo que a pretensão fiscal violou também o princípio da capacidade contributiva. S.m.j.

São Paulo, 4 de agosto de 1991