

Coordenação de
Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

25



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Do Critério Temporal do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física nos Casos de Promessa de Compra e Venda a Prazo

Alexandre Naoki Nishioka¹

Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor de Direito Tributário dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado - FAAP. Conselheiro da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda. Advogado.

Resumo:

O presente artigo aborda o critério temporal do fato gerador do imposto sobre a renda de pessoa física incidente sobre os ganhos de capital auferidos na alienação de bens imóveis por meio de contrato de promessa de compra e venda a prazo, à luz do que dispõe o artigo 21 da Lei nº 8.981/1995. Para tanto, o autor analisa, dentre outros aspectos, o conceito de alienação de bem imóvel, seja a partir de textos legais e infralegais, seja, ainda, com supedâneo na jurisprudência administrativa.

Abstract:

The present article deals with the moment of occurrence of the taxable event regarding income tax levied on capital gains derived from conveyance of assets, specifically when it comes to the purchase commitment agreement. The author, therefore, basing himself on the interpretation of article 21 of Law n. 8.981/1995, as well as on other normative rulings and administrative jurisprudence, analyzes several aspects, among which the concept of conveyance of assets.

No que se refere à incidência do imposto sobre a renda de pessoa física incidente sobre os ganhos de capital decorrentes de alienação de bens imóveis, dispõe o artigo 21 da Lei nº 8.981/1995 o seguinte:

“Art. 21. *O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto de renda, à alíquota de 15% (quinze por cento). (...)*

§ 2º Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do imposto de renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração.”

¹ O autor agradece ao colega e amigo Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro a excelente pesquisa realizada.

Cumpra aferir, à luz do dispositivo legal em comento, qual o critério temporal da regra-matriz de incidência tributária². É dizer, há que se precisar o exato instante em que se considera nascida a relação jurídico-tributária entre os sujeitos ativo e passivo, consubstanciada em uma relação obrigacional entre ambos.

Em consonância com o exposto, é imprescindível determinar-se quais os conceitos de “alienação” e de “ganho de capital”, referidos pela norma jurídica trazida à colação, em especial para que se possa aferir se a transferência do imóvel em virtude de contrato de promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento, na forma do artigo 463 do Código Civil, amolda-se ao âmbito legal do vocábulo “alienação”.

No que toca a esta última indagação, tenho para mim que a transmissão verificada por meio de contrato de promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento amolda-se ao âmbito semântico do termo do vocábulo “alienação”, tal como previsto na regra-matriz de incidência do imposto.

Com efeito, como assevera De Plácido e Silva, alienar “é o verbo que significa a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o gozo de direito que é nosso”³. Nesse sentido, perseguindo-se a natureza jurídica da celebração de promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento, verifica-se que, nos termos em que dispõe o artigo 1.225, VII, do Código Civil pátrio, referido contrato preliminar constitui autêntico direito de aquisição, de maneira que, uma vez firmado, fica vedado ao promitente vendedor gravar o imóvel ou aliená-lo a terceiros.

Por outro giro, sendo certo que o direito real de aquisição atribui ao promissário comprador o direito de impor a assinatura do contrato definitivo ao vendedor assim que adimplidas as parcelas acordadas, possuindo, assim, o correspondente direito de sequela, oponível a quaisquer partes, impõe-se admitir que a celebração de promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento constitui autêntica compra e venda a prazo, não havendo qualquer possibilidade de alienação do imóvel a terceiros que não o próprio promissário comprador.

Não há que se restringir, portanto, a interpretação do conceito de alienação de imóvel apenas ao momento da outorga da escritura definitiva, ainda que, para efeitos cíveis, a aquisição do imóvel requeira registro do título translativo no Registro de Imóveis (artigo 1.245 do Código Civil). Isto porque, reitera-se, ao se celebrar o referido contrato preliminar sem estipulação de qualquer cláusula de arrependimento, permuta-se a disponibilidade do bem imóvel pela disponibilidade do preço acordado, permitindo-se ao alienante a própria cessão de tal valor a terceiros.

Esse posicionamento, aliás, já restou consolidado por meio de Solução de Consulta emitida pela SRRF da 10ª Região Fiscal, *in verbis*:

² A respeito do conceito de critério temporal, Paulo de Barros Carvalho sustenta o seguinte: “Compreendemos o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto - o pagamento de certa prestação pecuniária.” (*Curso de Direito Tributário*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 274-275)

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 55.

“Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF - Alienação de Imóveis. Imóvel Financiado. Para a legislação tributária ocorre a alienação e aquisição de imóveis em qualquer operação que importe a transmissão ou promessa de transmissão de imóveis, a qualquer título, ou a cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, ainda que efetuadas por meio de instrumento particular não inscrito em registro público. No caso de imóvel financiado, considera-se consumada a sua alienação, para efeitos tributários, na data da assinatura do documento particular de cessão de direitos sobre ele.”⁴

Também o Primeiro Conselho de Contribuintes, ora Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, já se manifestou neste sentido, conforme se constata dos acórdãos infraementados:

“Ganho de Capital - Alienação a qualquer Título para Fins Fiscais - Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, procuração em causa própria, promessa de compra e venda de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.”⁵

“Alienação de Bens ou Direitos - Apuração de Ganho de Capital - O ganho de capital na alienação de bens ou direitos deve ser reconhecido e apurado por ocasião da celebração do negócio ou do contrato de cessão ou promessa de cessão, ainda que através de instrumento particular, mormente quando o referido instrumento é celebrado em caráter irrevogável e irreatável e o recolhimento do tributo deverá ocorrer no prazo ali fixado. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados. Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.”⁶

Não basta, no entanto, para a incidência do tributo, que haja a alienação do bem, fazendo-se mister, igualmente, que a parte alienante tenha auferido um ganho de capital. É exatamente neste ponto que começa a discussão a respeito do momento de incidência do imposto de renda.

Como se sabe, ganho de capital é conceito compreendido no âmbito da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, deles não podendo traspassar.

⁴ Processo de Consulta nº 209/03. Órgão: SRRF/10ª Região Fiscal. Publicação no *DOU* de 13.2.2004.

⁵ 1º Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, Recurso Voluntário nº 120.481, relator Conselheiro Nelson Mallmann, sessão de julgamento de 1º.12.2004.

⁶ 1º Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, Recurso Voluntário nº 133.926, relator Conselheiro Nelson Mallmann, sessão de julgamento de 13.5.2004.

Nesse sentido, verifica-se que também a definição do que seja ganho de capital demanda uma aferição do que se entende por renda *lato sensu*, o que se afere a partir do que dispõe o artigo 43 do CTN, *in verbis*:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como *fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Vê-se, com base no citado dispositivo legal, que o legislador pátrio adotou tanto a teoria da fonte, segundo a qual “renda” é o produto periódico de uma fonte permanente, como também a teoria do acréscimo patrimonial, em virtude da qual são tributados, igualmente, os ganhos de capital não decorrentes de uma fonte fixa de riqueza. Neste sentido, vale conferir trecho redigido pelo Professor Alcides Jorge Costa:

“Com esta fórmula, o CTN não deixa dúvidas sobre a possibilidade de a lei ordinária tributar os acréscimos patrimoniais não resultantes da poupança da renda, ou seja, os ganhos de capital. Ao mesmo tempo, faz uma distinção entre renda como fruto periódico de um capital e renda como acréscimo patrimonial. A primeira fórmula atende à teoria da fonte, a segunda à teoria do acréscimo patrimonial, mas de modo original, uma vez que, na doutrina do acréscimo patrimonial este é renda e não alguma coisa diferente.”⁷

Pois bem. Feita esta breve ressalva, resta saber quais os conceitos de “disponibilidade jurídica” e “disponibilidade econômica” da renda e dos proventos de qualquer natureza, aludidos pela dicção do artigo colacionado. Antes de responder a esta indagação, cumpre ressaltar que o tema é polêmico, sendo certo que, até o momento, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial a respeito.

Fazendo, preliminarmente, uma análise de cunho histórico-evolutivo, devemos voltar à época da aprovação do Anteprojeto do Código Tributário Nacional. Rubens Gomes de Sousa, autor do referido anteprojeto, na elaboração de seu relatório, destacou que o futuro diploma legal tomou como subsídio códigos tributários existentes no exterior, mais especificamente o Código Tributário alemão de 1919.

Como se sabe, o Código Tributário alemão de 1919 funda-se em uma concepção idealizada por Enno Becker, em que há nítida prevalência dos aspectos econômicos sobre os jurídicos no tratamento da matéria tributária. Sabendo desta profunda influência exercida pela doutrina alemã, percebe-se, como muito bem destacou Brandão Machado, que o artigo 43 do CTN levou em consideração, ao estabelecer a distinção entre disponibilidade econômica e jurídica, a noção de “proprie-

⁷ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

dade econômica” prevista no ordenamento alemão. Neste sistema, conforme notícia o aludido jurista, havia a prescrição de que “a pessoa que possuísse um objeto como seu será tratada como proprietário no sentido da lei tributária”⁸.

Veja-se, aliás, que a criação da figura da “propriedade econômica” é inclusive coerente com o ordenamento jurídico alemão. Com efeito, o referido instituto em nada se assemelha com a figura da posse para o Código Civil daquele país, fortemente influenciado pelos pensamentos de Rudolf von Ihering. Isto porque, consoante se extrai deste diploma legal, trata-se a posse como mera situação de fato caracterizada pelo simples exercício consciente de poder sobre determinado objeto, não havendo qualquer necessidade, portanto, do *animus domini*.

Por isso é que o Código Tributário alemão alude, expressamente, a uma “pessoa que possuísse um objeto como seu”. É justamente para delimitar a incidência do imposto sobre as pessoas que não apenas estivessem na posse de determinado valor, mas que tivessem tal posse com o ânimo de propriedade.

Com base neste pano de fundo apresentado é que Rubens Gomes de Sousa, em parecer exarado no ano de 1970, deixou consignado que⁹:

“(…) na linguagem de todos os autores que trataram do assunto, ‘disponibilidade econômica’ corresponde a ‘rendimento (ou provento) realizado’, isto é, dinheiro em caixa. E ‘disponibilidade jurídica’ corresponde a ‘rendimento (ou provento) adquirido’, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (p. ex., o juro ou o dividendo creditados). Assim, a disponibilidade ‘econômica’ inclui a ‘jurídica’; a recíproca não é verdadeira, mas, pelo art. 43, qualquer das duas hipóteses basta para configurar o fato gerador do imposto.”

Parece-me, no entanto, muito embora o referido autor goze de todo o prestígio, que referida conclusão não é suficiente e, desta maneira, não se amolda à perfeição ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, ao importar o conceito previsto no Direito alemão, há que se ter em conta que a sua inclusão no Direito pátrio deverá respeitar certas especificidades do nosso sistema jurídico.

Ademais, tenho para mim que, fossem ambos os conceitos coincidentes, ou mesmo como quer Rubens Gomes de Sousa, o conceito de um albergue, por inteiro, o conceito do outro, não haveria a necessidade de haver a expressa utilização do conectivo “ou”. Se o legislador optou por definir como hipótese de incidência do imposto de renda a “disponibilidade econômica ou jurídica” é porque, decerto, tais conceitos não se confundem.

À luz desta premissa basilar, importa definir o que seria “disponibilidade” para, em momento subsequente, acrescer os vocábulos “jurídica” e “econômica” para efeito de definir cada espécie aludida pelo CTN. Para tanto, será de grande valia a utilização da conceituação já existente no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no Código Civil hodierno. Como se sabe, o Código Tributário

⁸ MACHADO, Brandão. “Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

⁹ SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 1 - Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, pp. 70-71.

Nacional define que “os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos” (artigo 109 do CTN).

Ingressando na seara do Direito privado, percebe-se que o verbo “dispor” encontra-se atrelado, sempre, à noção de propriedade, sendo, em verdade, um atributo próprio a este instituto jurídico. Neste aspecto, portanto, apenas pode dispor de algo aquele que possui a sua propriedade. Elucidativo, pois, o disposto no artigo 1.228 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e *dispor* da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Diferentemente, no caso da simples posse, não há uma faculdade de dispor da “coisa”, mas, apenas, de exercer o seu uso ou gozo. Neste sentido é a lição do Professor Arnoldo Wald que ora se traz à colação:

“A posse costuma ser definida como a exteriorização da propriedade. O Código Civil brasileiro, no seu art. 1.196, fornece-nos o conceito de possuidor, esclarecendo ser aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Constitui, pois, a posse uma situação de fato, na qual alguém mantém determinada coisa sob sua guarda e para seu uso ou gozo, tendo ou não a intenção de considerá-la como de sua propriedade.”¹⁰

Vê-se, portanto, que a disponibilidade é atributo típico da noção de propriedade. Nos termos postos por Caio Mário da Silva Pereira, a faculdade de dispor “é a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha”¹¹.

Nesse passo, percebe-se que a noção do vocábulo para o Direito Civil se amolda, à perfeição, para delimitação do conceito na seara tributária. Por isso é que entendo valiosa a explanação do jurista Caio Mário da Silva Pereira, em trecho que interessa ser citado, *in verbis*:

“O ‘ius abutendi’, no sentido de ‘disponendi’, envolve a disposição material que raia pela destruição (De Page) como a jurídica, isto é, o poder de alienar a qualquer título - doação, venda, troca; quer dizer ainda destruí-la, mas somente quando não implique procedimento anti-social. Em suma: dispor da coisa vai dar no fato de atingir a sua substância, uma vez que no direito a esta reside a essência mesma do domínio. Mas envolve, ainda, o poder de gravá-la de ônus ou submetê-la ao serviço alheio.”¹²

Pois bem. Com base no conceito de “disponibilidade”, resta responder à indagação do que seja “disponibilidade econômica” e “jurídica”. Neste ponto, voltando à assertiva feita linhas atrás, entendo que a doutrina clássica merece ser repensada, eis que funda-se em uma interpretação econômica do Direito que não se amolda ao ordenamento jurídico nacional, muito embora tenha terreno no Direito alemão. Explicar-se-á o porquê a seguir.

¹⁰ WALD, Arnoldo. *Direito Civil - Direito das Coisas*. Vol. 4. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. IV - Direitos Reais*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 94.

¹² *Op. cit.*, p. 95.

Como já dito, o Código Tributário Nacional adotou, expressamente, a teoria do acréscimo patrimonial para tributar a renda. Neste passo, o termo “renda e proventos de qualquer natureza” encontra-se profundamente ligado à ideia central de patrimônio. Assim é que, para definir-se o que seja acréscimo ao patrimônio, deve-se, em etapa preliminar, verificar o que é, realmente, patrimônio.

Justamente abordando este ponto fulcral da discussão, Brandão Machado esclarece que:

“Quando se faz alguma referência ao que é patrimonial, para logo se tem a noção de que se cogita do econômico, porque a patrimonialidade está intimamente vinculada ao valor econômico. Entretanto, não é possível dissociar da noção de patrimônio a noção fundamental de direito, porque, como se disse, o conceito de patrimônio engloba um complexo não de objetos, materiais ou não, mas de direitos reais (sobre coisas) e pessoais (contra pessoas), portanto, sempre direitos. Então, pode-se concluir, sem discussão, que o acréscimo de que fala o Código Tributário é um acréscimo de direitos (reais ou pessoais). É claro que a conclusão não pode ser senão a de que, sendo o patrimônio composto apenas de direitos, qualquer acréscimo será sempre necessariamente de direitos. Se o contribuinte auferir rendas e proventos sobre os quais exerça direitos de propriedade, tais direitos serão reais; se o rendimento for exigível no futuro, os direitos serão de crédito ou pessoais.”¹³

Em abono ao exposto, cumpre trazer à baila o disposto no Código Civil pátrio, a respeito da conceituação do que seja “patrimônio”:

“Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.”

Trata-se, portanto, o acréscimo patrimonial, de um incremento de direitos sob a titularidade do contribuinte, ou seja, direitos que podem ser dispostos pelo seu titular. Veja-se, portanto, que mesmo na posse, ainda que se trate de uma situação de fato, existe um direito que a protege, ou seja, é instituto com contornos jurídicos próprios que conferem ao titular certas prerrogativas, como, por exemplo, o direito de promover ação possessória contra aquele que, de maneira ilegítima, esbulhe ou turbe o direito do possuidor (artigo 920 do Código Civil).

Com base nos conceitos de “disponibilidade” e “patrimônio”, pode-se afirmar que se considera como disponível, para fins do imposto de renda, o direito que tiver ingressado no patrimônio do contribuinte. Com efeito, sendo certo que o patrimônio é um conjunto de direitos, a aquisição de quaisquer destes, ainda que não se trate da moeda em si, mas desde que possam ser dispostas pelo contribuinte, amoldam-se ao âmbito de incidência do imposto de renda.

Resta consignado, portanto, que a “disponibilidade econômica”, por fundar-se em uma concepção retirada do Código Tributário alemão de 1919, no qual era permitida a tributação com base na posse com *animus domni*, o que não se entende aplicável ao direito pátrio, eis que, como já visto, “disponibilidade” pressupõe propriedade da riqueza, só existe em conjunto com a jurídica. Isto é, esta última pre-

¹³ *Op. cit.*, p. 114.

cede, necessariamente, aquél'outra, não havendo como se aventar a hipótese de uma disponibilidade que não seja jurídica.

Vale ressaltar, neste ponto, que a mera posse da pecúnia, ou seja, o ingresso de capital, não pode ser tributada pelo imposto de renda a não ser que tal valor ingresse no patrimônio do contribuinte, vertendo-se, pois, em direito deste. Caso contrário, o que se terá é mera posse, ou mesmo detenção, institutos nos quais o ordenamento não confere o poder de livremente dispor do bem. Note-se, pois, que a posse, no ordenamento pátrio, apenas poderá culminar na propriedade e, conseqüentemente, conferir o atributo necessário da disponibilidade no caso de usucapião do bem, como forma originária de aquisição.

O que há, portanto, são diferentes graus de disponibilidade do ponto de vista econômico e não jurídico. Neste sentido, vale transcrever breve excerto da recente obra de Ricardo Mariz de Oliveira:

“Por isso é que existem distintos graus de disponibilidade, ou seja, sob o ponto de vista econômico se pode identificar uma disponibilidade mais plena quando o dinheiro da renda já adquirida esteja em poder do seu titular, situação em que a maior plenitude econômica decorre da confrontação sobre o título de crédito que antecedeu o seu recebimento em dinheiro.”¹⁴

Ricardo Mariz de Oliveira, ainda tratando deste ponto fundamental, traz à baila interessante exemplo relativo a uma venda de mercadorias a prazo:

“Neste caso, dá-se a aquisição da disponibilidade jurídica da renda - produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos -, sendo irrelevante o recebimento do preço em dinheiro, pois desde a entrega da mercadoria o vendedor já pode dispor do preço, ainda que seja para recebimento a prazo, pois, no mínimo pode ceder seu título creditício a terceiros ou utilizá-lo em garantia dos seus negócios, quer dizer, ele pode usar, gozar e dispor desse bem patrimonial de acordo com as suas aptidões.”¹⁵

Não há dúvidas, portanto, que a disponibilidade haverá de ser, sempre, jurídica, tendo em vista que, conforme restou constatado, o patrimônio é dotado de direitos e não de bens.

Com fulcro nas precedentes anotações, cumpre, agora, fazer um paralelo desta questão com os regimes de caixa e de competência, ou, como querem alguns, aludir ao *cash basis* e ao *accrual basis*.

No que toca ao primeiro regime, as mutações patrimoniais são consideradas, para fins de incidência do imposto de renda, apenas no momento em que ingressam, no patrimônio do contribuinte, os valores em moeda.

Ao reverso, na hipótese do regime de competência, são consideradas as receitas quando efetivamente ingressam no patrimônio do contribuinte, ainda que tal direito não tenha se convertido em pecúnia ou, de qualquer modo, em títulos com liquidez semelhante (designados por Bulhões Pedreira como quase-moeda).

Feita a distinção acima, é cabível afirmar que, em rigorosa classificação, ambas as formas de tributação têm como hipótese de incidência a disponibilidade ju-

¹⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 300.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 299.

rídica de um direito, ainda que no caso do regime de caixa haja a coincidência de ambas as hipóteses elencadas pelo CTN. O que há, portanto, no regime de caixa é uma disponibilidade financeira, que permite ao titular da riqueza dispor do recurso financeiro, e não apenas do direito a ele.

Nesse passo, sendo certo que o artigo 43 do CTN se aplica, indistintamente, às pessoas físicas ou jurídicas, uma vez que define a hipótese de incidência possível do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem-se que a lei ordinária poderá, em estrito regime de política fiscal, determinar a inclusão na base de cálculo tanto dos rendimentos adquiridos apenas juridicamente, quanto daqueles em que haja, igualmente, uma disponibilidade econômica concomitante.

Assim é que a tributação das pessoas físicas, muito embora observe, via de regra, o regime de caixa, não necessariamente deve ser submetida a este. No caso de não haver qualquer imposição pela legislação ordinária à observância do aludido regime, pode-se admitir a tributação de direitos já ingressados no patrimônio do contribuinte, ainda que não convertidos em moeda.

Portanto, com base neste entendimento, penso que é exatamente isto o que ocorre na tributação da renda auferida pela pessoa física na alienação de bem imóvel a prazo (contrato de promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento), em que a legislação considera como critério temporal da regra-matriz de incidência não o recebimento efetivo da moeda, mas a própria alienação, da qual decorra ganho de capital em virtude do preço pactuado pelas partes.

É dizer, a legislação de regência não estipula, expressamente, que a incidência do imposto de renda se verifica, apenas, no momento em que os valores, em moeda, ingressam no patrimônio do alienante. Muito ao contrário. O que a legislação estabelece é que, sendo possível constatar a ocorrência de ganho de capital no momento da alienação, é devido o imposto de renda à alíquota de 15% sobre o referido acréscimo patrimonial. Neste momento da alienação já é possível determinar a base de cálculo do imposto, apurando-se a valorização do imóvel, mais valia esta que será objeto de tributação pelo imposto de renda.

Neste sentido, vale conferir o disposto no artigo 31 da Instrução Normativa nº 84/2001:

“Art. 31. *Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.*

Parágrafo único. *O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:*

I - *o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;*

II - *a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I.*”

Nada mais nítido. Referido dispositivo determina, expressamente, que ocorre a incidência do tributo já no momento da alienação, ainda que a venda seja a prazo. Com base no preço pactuado no contrato, que deverá ser levado em conta na apuração do ganho de capital, é feita a relação entre o ganho de capital total e o valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida. Assim, considera-se

ocorrido o fato gerador no momento da alienação, diferindo-se tão somente o pagamento do tributo devido, com base no que dispõe o artigo 117, parágrafo 2º, do RIR/1999¹⁶, bem como com fulcro no artigo 21 da Lei nº 7.713/1988¹⁷.

Diferir o pagamento do tributo, como se infere da própria etimologia do termo¹⁸, não se confunde com a alteração do critério temporal do tributo. No primeiro caso, nesse passo, há a ocorrência do fato gerador, dilatando-se o prazo de seu pagamento, enquanto que no segundo altera-se o próprio instante do nascimento da obrigação jurídico-tributária.

Note-se que o ganho de capital total é apurado no momento da alienação, de acordo com a legislação vigente à época, sendo que o pagamento do imposto é feito proporcionalmente à medida que os valores são recebidos pela pessoa física alienante. Não há, no momento do recebimento de cada uma das parcelas, nova apuração do tributo, à luz da lei vigente ao tempo do efetivo pagamento do preço, o que seria necessário se a lei considerasse como momento da ocorrência do fato gerador a data do recebimento de cada uma das parcelas, como se o lucro fosse aferido sob o regime de caixa.

De fato, se fosse possível considerar a ocorrência de vários fatos geradores em decorrência de uma única venda e compra a prazo, ter-se-ia de admitir a aplicação de cada uma das leis vigentes ao tempo de cada fato gerador, o que exigiria diferentes formas de apuração do imposto para parcelas decorrentes de um mesmo contrato, o que tornaria ainda mais complexo o sistema tributário brasileiro, principalmente em se tratando de alienação de imóveis a prazo, cuja legislação prevê critérios de redução de base de cálculo que levam em conta os meses decorridos entre a data de aquisição e a data de alienação.

Tal forma de tributação atende assim à praticabilidade tributária¹⁹, posto que fosse o próprio fato gerador postergado certamente o montante do ganho de capital poderia ser influenciado por diversos fatores, inclusive pelos índices de inflação e, como se viu, pela superveniência de novas leis.

A respeito do momento da ocorrência do fato gerador do “imposto sobre ganhos de capital”, na terminologia de Henry Tilbery, com base no critério de tributação conhecido como *realization basis*, esclarece este mesmo jurista que “será o da

¹⁶ “Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21). (...) § 2º Os ganhos serão apurados no mês em que forem auferidos e tributados em separado, não integrando a base de cálculo do imposto na declaração de rendimentos, e o valor do imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração (Lei nº 8.134, de 1990, art. 18, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21, § 2º).”

¹⁷ Cf. “Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.”

¹⁸ A palavra diferimento tem sua raiz etimológica no verbo diferir que, por sua vez, originou-se do latim *differere* ou *differe* que significa adiar, procrastinar, delongar, dilatar, postergar (vide: SANTA-NA, Maria Lúcia Levy Malta. *Diferimento no ICMS*. 1ª edição. Campinas: Julex, 1992).

¹⁹ De acordo com Regina Helena Costa, “a praticabilidade, também conhecida como praticidade, pragmatismo ou factibilidade, pode ser traduzida, em sua acepção jurídica, no conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico”. *Praticabilidade e Justiça Tributária - Exequibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

alienação do bem por um preço, que ultrapassa a reposição do capital, realizando neste momento a mais-valia”²⁰.

Mais adiante, Henry Tilbery, justificando a opção pelo método do “momento do ganho realizado”, cita o autor americano Henry C. Simons, para explicitar que “poderia talvez haver críticas contra a prática da ‘base do ganho realizado’, porém, quem exigisse que fosse abandonada, demonstraria pouca compreensão a considerações práticas. Conforme opinião do autor (Henry C. Simons), o critério de realização infelizmente tem de ser aceito como necessidade prática.”²¹

Em virtude do que se expôs, o legislador ordinário estabeleceu que, nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como se venda à vista fosse e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês. Apenas o pagamento é que é diferido, consoante determinam o artigo 21 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e o artigo 31 da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001.

Assim, a análise cuidadosa da legislação federal a respeito do tema leva à conclusão inevitável de que o momento da ocorrência do fato gerador é o da alienação do bem ou direito, da qual decorra, para o contribuinte, um ganho de capital. Assim, muito embora haja divergências a respeito, devo concluir que o regime de caixa não é necessariamente aplicável para efeitos de determinação do momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda devido pelas pessoas físicas, tratando-se de mero instrumento de política fiscal que pode ser livremente abandonado pelo legislador.

Neste caso específico, portanto, optou o legislador em considerar ocorrida a disponibilidade, para fins de incidência do imposto, no momento da alienação, sendo certo que já neste momento existe, para o alienante, o ingresso de direitos que vêm a incorporar de maneira definitiva seu patrimônio e sobre os quais pode livremente dispor.

Isto significa dizer que, para efeitos de apuração do ganho de capital, a legislação considera ocorrido o fato gerador na data da alienação, diferindo o pagamento do tributo até a data do recebimento de cada parcela mensal.

Considerações Finais

Conforme se pretendeu demonstrar neste breve estudo, o conceito de alienação alberga a promessa de compra e venda sem cláusula de arrependimento (artigo 463 do CC).

Outrossim, no que concerne à definição do momento em que se considera auferido o ganho de capital, deve-se recorrer ao conceito de “renda e proventos de qualquer natureza”, referido pelo artigo 43 do CTN, mais especificamente no que toca à definição de disponibilidade jurídica e econômica.

²⁰ TILBERY, Henry. *A Tributação dos Ganhos de Capital*. São Paulo: IBDT e Resenha Tributária, 1977, p. 24.

²¹ *Op. cit.*, pp. 26-27.

Nesta esteira, viu-se, igualmente, que “disponibilidade” é a faculdade de dispor de bens, noção esta atrelada ao Direito Civil, mormente no que atine aos conceitos de patrimônio (artigo 91 do Código Civil) e de propriedade (artigo 1.228 do Código Civil). Nesse passo, verificou-se que, para efeitos de incidência do imposto de renda, seja no que toca aos rendimentos de pessoa física, seja naqueles relativos às pessoas jurídicas, faz-se mister constatar-se a disponibilidade jurídica, apenas havendo que se demonstrar o ingresso de pecúnia nos casos em que o legislador expressamente a ela se referir.

Com supedâneo em tais premissas, conclui-se que, no caso do artigo 21 da Lei nº 8.981/1995, a legislação considera ocorrido o fato gerador (critério temporal) no momento da alienação, apenas postergando o recolhimento do tributo (artigo 117, parágrafo 2º do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/1999, c/c o artigo 21 da Lei nº 7.713/1989), inclusive determinando o cálculo do tributo de acordo com o ganho auferido no momento da alienação (artigo 31 da Instrução Normativa nº 84/2001).