

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 304743, publicado no DJU I de 18 de maio de 1998, página 1; inscrição sob nº 23/98, em 24 de junho de 1998, conforme Ofício 2434/98-SD);
- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 36 - Portaria nº 1, de 16 de junho de 1997, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU I de 23 de junho de 1997, página 29422);
- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria nº 12, de 13 de agosto de 1997, do Exmo. Sr. Juiz Diretor do Gabinete da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU II de 21 de agosto de 1997, página 65574);
- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997 e julgado em 5 de junho de 1997);
- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sob nº de inscrição 8 - Portaria nº 2, de 30 de maio de 1997, da Exma. Sra. Juíza Diretora da Revista do TRF da 4ª Região, publicada no DJU II de 5 de junho de 1997, página 41344); e
- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (sob nº 7 - Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU II de 9 de setembro de 1997, página 72372).

238

JULHO - 2015

BBL

REVISTA DIALÉTICA
DE DIREITO TRIBUTÁRIO
(RDDT)

ISSN 1413-7097

238

(JULHO - 2015)

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra "*100% Azul ou Quase*",
de *Marola Omartem*

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Impressão
Edições Loyola

Indexação em base de dados nacionais:
RVBI (Periódicos) - Senado Federal
(www.senado.gov.br/sicon)

Rede de bibliotecas depositárias:
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,
Tribunal Regional Federal do 1º, 2º, 4º e 5º

Vicente Vê
é o autor da fotografia reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site
www.dialectica.com.br
canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque
exemplares anteriores da
Revista Dialética de Direito Tributário.
Complete sua coleção.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialectica.com.br
Fone/fax (11) 5084-4544

SUMÁRIO

Doutrina

Alberto Medeiros - Inconstitucionalidade de benefícios fiscais unilaterais em matéria de ICMS e segurança jurídica dos contribuintes

1. Introdução. 2. Benefícios fiscais em matéria de ICMS. 3. Poder de tributar e vinculabilidade da tributação em matéria de ICMS. 4. Segurança jurídica e cobrança retroativa dos valores economizados. 5. Conclusão.

7

André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca - Imposto de renda sobre ganho de capital. Necessidade de realização e disponibilidade do acréscimo patrimonial. Estudo de caso

1. A *quaestio juris*. 2. Ganho de capital como espécie do gênero renda. 3. Os dispositivos legais aplicáveis e a interpretação proposta. 4. A jurisprudência. 5. Em conclusão: a operação de integralização de bem imóvel em sociedade por cotas é permuta sem torna, intributável pelo imposto de renda quando de sua efetivação.

28

Antônio Carlos da Silva Neto - A substituição tributária e a intervenção do Estado na ordem econômica. Análise sob o enfoque do princípio da livre concorrência

Introdução. 1. A tributação através da substituição tributária. 2. A intervenção do Estado na ordem econômica. 3. O princípio da livre concorrência no âmbito da substituição tributária. Conclusão.

41

Arthur Nolasco de Oliveira - A incidência das contribuições previdenciárias sobre os planos de opção de compra de ações (*stock options*)

1. Introdução. 2. As *stock options*, conceito e definição. 3. O reflexo tributário das contribuições previdenciárias sobre as *stock options*. 4. A não incidência da contribuição previdenciária sobre as *stock options*. 5. Considerações finais.

57

Luciano Amaro - Retirada de sócios e remuneração de administradores na legislação do imposto de renda

1. A questão: dedutibilidade de retiradas de sócios-gerentes e de remuneração de administradores. 2. Uma distinção necessária: sócio-gerente e administrador profissional. 3. Outra distinção necessária: retiradas de sócios e honorários de administradores. 4. Retiradas de sócios-gerentes e honorários de administradores no RIR/1926. 5. Retiradas de sócios-gerentes e honorários de administradores no Decreto-lei nº 5.844/1943. 6. Pagamento por serviços de conselheiros e diretores. 7. Pagamento por serviços de sócios. 8. O sofisma de que a legislação não distinguiu entre sócios-gerentes e administradores profissionais. 9. Nova disciplina da matéria, na Lei nº 4.506/1964, que revogou o tratamento dado ao *pro labore* pelo Decreto-lei nº 5.844/1943. 10. A Instrução Normativa SRF nº 2/1969, editada após a Lei nº 4.506/1964, também ignorou o antigo requisito ao regulamentar a matéria. 11. A lei e o RIR nunca exigiram que a remuneração de conselheiros e diretores fosse mensal e fixa. 12. A restrição (pagamento mensal e fixo) para os administradores foi "ressuscitada" por atos da autoridade fiscal. 13. *Fringe benefits* e pagamento em ações - remuneração variável dos administradores - o Parecer Normativo CST nº 11/1992. 14. Revogação do limite de valores para dedutibilidade de remuneração de sócios-gerentes e de administradores. 15. Nova forma de remuneração variável: pagamento com instrumentos baseados em ações. 16. A legislação atual - a integração da tributação da renda na pessoa jurídica e na pessoa física e a superação de anacronismos. 17. Conclusões.

69

Luiz Roberto Peroba Barbosa e Ana Carolina Carpinetti - Aspectos tributários

Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização e Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. Estudo de Caso

André Mendes Moreira

Fernando Daniel de Moura Fonseca



André Mendes Moreira
é Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG, Doutor pela USP e Mestre pela UFMG em Direito Tributário, Diretor da Abradt e Advogado.



Fernando Daniel de Moura Fonseca
é Doutorando e Mestre em Direito Tributário pela USP, Master of Laws (LL.M) pela New York University e Advogado.

1. A *Quaestio Juris*

O presente trabalho busca analisar o conceito jurídico-tributário de ganho de capital, diante de um caso concreto. Trata-se de uma pessoa física, detentora de um bem imóvel recebido em doação, que o utiliza para integralizar o capital de uma sociedade limitada. Em troca, recebe cotas da referida sociedade, avaliadas em algumas dezenas de milhões de reais (o equivalente ao valor de mercado do imóvel no ato de integralização), mas mantém em sua declaração o custo histórico do imóvel conferido ao capital. Contudo, como há diferença positiva entre o valor do bem na declaração de imposto de renda e as cotas recebidas, a Receita Federal entende pela existência de ganho capital na operação - calculado pela diferença entre o valor declarado na DIRPF e o valor de avaliação do ativo no momento da integralização do capital social. Entretanto, o que se pretende colocar em discussão é: operações desse jaez não geram, para a pessoa física, disponibilidade financeira imediata, que poderia ser parcialmente utilizada para pagar o imposto sobre a renda incidente sobre o ganho de capital. Em verdade, o patrimônio do contribuinte permanece inalterado: apenas se troca um ativo por outro.

Em sendo assim, indaga-se: é razoável exigir imposto de renda sobre ganho de capital do contribuinte que, ao integralizar o capital social com bem de sua propriedade, recebe em retorno cotas de sociedade limitada, avaliadas em montante muito superior ao valor do imóvel integralizado, mesmo não havendo disponibilidade financeira na operação que viabilize o pagamento do Imposto de Renda e desde que as cotas herdem o custo do bem conferido ao capital? Ou, em situações como tais, aplica-se a regra da permuta sem torna, que, no presente caso, geraria o diferimento do pagamento do imposto sobre ganho de capital para o momento da alienação das cotas recebidas em retorno da integralização do capital social?

A Receita Federal do Brasil se baseia em duas premissas para tributar o ganho de capital apurado em operações de integralização de bens da pessoa física ao capital social de sociedades, quando há diferença positiva entre o valor de custo do bem e a operação de integralização. São elas:

- a) a operação de integralização é uma espécie do gênero alienação, estando sujeita à apuração do ganho de capital; logo
- b) a diferença positiva entre o custo de aquisição do bem integralizado e o valor do bem recebido em contrapartida deve ser considerada ganho de capital, que fica sujeito à alíquota de 15%, apurado de forma segregada dos demais rendimentos da pessoa física.

Ocorre que, em situações como a que ora se analisa, a exigência do Imposto de Renda é contrária ao próprio regime jurídico-tributário do ganho de capital, devendo haver o diferimento da tributação para uma etapa subsequente, na qual a pessoa física venha efetivamente a alienar as cotas da sociedade. Isso por que:

- a) o ganho de capital, ainda que sujeito a disciplina jurídica diversa dos demais rendimentos, não pode ser considerado um tributo à parte, sendo certo que a sua tributação não prescinde da existência de renda, ou seja, de acréscimo patrimonial que tenha sido adquirido, realizado e que esteja disponível;
- b) a disciplina jurídica do ganho de capital exige que ele esteja financeiramente realizado, ou que a sua realização possa ser presumida em razão do recebimento de ativos altamente líquidos (quase-moeda), o que certamente não é o caso de cotas de uma sociedade limitada;
- c) a operação de integralização de capital não pode ser comparada a uma compra e venda, uma vez que o bem ingressante (cotas) teve, para fins tributários, o mesmo valor do bem integralizado (imóvel), o que evidencia a ocorrência de verdadeira permuta. Em contratos dessa natureza, por definição, ausente a torna, não há ganho ou perda, uma vez que os ativos objetos do contrato possuem, para as partes em questão, valores equivalentes;
- d) configurada uma operação de permuta, não se estará diante de uma não tributação de eventual ganho, mas apenas de seu diferimento, já que o bem recebido em permuta herda o custo de aquisição do bem substituído, o que manterá preservado o ganho para o momento de sua realização, tal como exige a Constituição;
- e) a tributação de ganhos não realizados fere o princípio da capacidade contributiva, ao gravar o patrimônio e não a renda.

Dessarte, para que se configure o ganho de capital tributável pelo Imposto de Renda não basta, juridicamente, a existência econômica do ganho/acréscimo, sendo imprescindível que ele tenha sido adquirido, esteja realizado e disponível.

É o que se demonstrará a seguir.

2. Ganho de Capital como Espécie do Gênero Renda

2.1. A necessidade de acréscimo patrimonial e de disponibilidade do rendimento

Muito embora seja comum a análise individualizada de operações que envolvam a apuração de ganhos de capital (essa é a dinâmica da legislação, principal-

mente para as pessoas físicas, em que essa tributação ocorre de forma segregada dos demais rendimentos), não se pode olvidar do fato de que ganho de capital é um rendimento e, como tal, deve guardar respeito ao conceito constitucional de renda, que pressupõe a ocorrência de um acréscimo patrimonial adquirido, realizado e disponível. Ou seja: ganho de capital também é renda e assim deve ser considerado. Logo, para se averiguar a existência de ganho em determinada operação deve-se inicialmente partir da definição de renda ofertada pelo próprio STF - que não é recente, diga-se de passagem.

A Suprema Corte, historicamente, sempre considerou ser renda “um ganho ou um acréscimo de patrimônio”¹, que ocorre “mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso”². Tal entendimento está em perfeita consonância com a competência atribuída à União para tributar rendas e proventos de qualquer natureza (CR/1988, art. 153, III)³, exigindo a ocorrência de um acréscimo patrimonial para que se tenha renda do ponto de vista tributário, posicionamento igualmente seguido pela doutrina especializada⁴.

A exigência de acréscimo patrimonial também não contraria as definições contidas no art. 43 do CTN que, embora anterior à atual Constituição, foi por ela recepcionado por respeitar a ideia de renda como acréscimo. Dada a relevância dos conceitos nele expressos, vale a transcrição do referido dispositivo:

“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.”

Claro está que o CTN exige expressamente que o acréscimo patrimonial esteja disponível econômica ou juridicamente para o contribuinte. Em regra, a doutrina define disponibilidade econômica como “regime de caixa” e disponibilidade jurídica como “regime de competência”. No primeiro caso, os rendimentos são tributados na medida da sua realização em moeda, enquanto no segundo basta que a operação tenha ocorrido, mesmo que a realização não se dê por meio de elementos imediatamente conversíveis em dinheiro⁵.

Contudo, é preciso ressaltar que, a despeito do fato de uma definição econômica pura de renda incluir acréscimos decorrentes da mera oscilação de valor⁶, apenas os

¹ STF, RE nº 89.791/RJ, Rel. Min. Cunha Peixoto. Julgado em 3.10.1978.

² STF, RE nº 117.887, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 11.2.1993.

³ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 206-207.

⁴ Para Ricardo Mariz de Oliveira, “o fato gerador do imposto de renda se resume a aumento patrimonial” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41). Já Humberto Ávila estatui que “não ocorre o fato gerador do imposto de renda sem o efetivo, atual e incondicional aumento patrimonial” (ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37).

⁵ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Apec, p. 21.

⁶ TAVARES, Tomás Cantista. *IRC e Contabilidade. Da realização ao justo valor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 22.

ganhos de capital efetivamente realizados podem ser tidos como rendimentos tributáveis. São três os principais motivos para tanto⁷:

- a) dada a diversidade de ativos capazes de sofrerem valorização em um dado intervalo de tempo, seria impraticável que o Fisco buscasse tributar essa valorização em bases correntes;
- b) a tributação de ganhos não realizados poderia violar a capacidade contributiva, na medida em que não se tem certeza de sua ocorrência no futuro; e
- c) poderia ainda levar à alienação do ativo com a finalidade exclusiva de pagamento do tributo.

Isto posto, vejamos, com algum vagar, o conteúdo do intitulado “princípio da realização da renda”, necessário para a efetiva incidência do Imposto de Renda.

2.2. A mandatória realização da renda

Para fins de incidência do Imposto de Renda, não basta que o acréscimo patrimonial tenha ocorrido e que este seja disponível, pois é necessária a sua realização (princípio da realização da renda). Trata-se de comando constitucional, que deriva de forma direta do princípio da capacidade contributiva. Por realização da renda entende-se a necessidade de que o “acréscimo potencial se transforme em realidade por algum negócio ou ato jurídico de alienação, ou seja, pela ocorrência de algum fato real de mutação patrimonial”⁸.

Portanto, a renda deve estar realizada, sem o que a tributação incidirá sobre uma manifestação apenas potencial de riqueza, que irá afrontar a capacidade econômica eleita pelo legislador como apta a ser tributada, a chamada capacidade contributiva. Ou seja, a tributação não pode ocorrer antes que o processo de obtenção do rendimento tenha sido concluído⁹, eliminando, assim, qualquer incerteza quanto à efetiva existência do ganho. Nessa linha, Bulhões Pedreira afirma que a regra geral é a realização do valor de um bem por meio da entrega de dinheiro, admitindo-se, contudo, a ocorrência de realização quando tiver ocorrido a entrega de ativos financeiros altamente líquidos, o que ele denomina “quase-moeda”¹⁰.

Na hipótese *sub examine* não se verifica a ocorrência de qualquer acréscimo patrimonial realizado. O que se tem é a substituição na declaração de bens da pessoa física de um imóvel por participações societárias de valor expressivo (todavia, de difícil alienação, por se tratar de sociedade limitada), mas que herdaram o custo de

⁷ HOLMES, Kevin. *The concept of income - a multi-disciplinary analysis*. Nova Zelândia. IBFD Publications BV, 2000, p. 381.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 385. Na mesma linha leciona Victor Polizelli:

“O princípio da realização da renda encontra-se atrelado ao princípio da capacidade contributiva e, desse modo, busca implementar os valores correspondentes: justiça e igualdade. Identificando-se na renda o elemento indicador da capacidade contributiva por excelência, torna-se imperativo apurar a renda realizada, de modo a impedir que a tributação atinja eventos econômicos incompletos ou incertos, e também evitar que a tributação comprometa o patrimônio.” (POLIZELLI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda - reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 351)

⁹ POLIZELLI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda - reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 357.

¹⁰ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Justec/Adcoas, 1979, p. 281.

aquisição do bem dado em integralização, ainda que ele tenha sido registrado no patrimônio da pessoa jurídica por valor substancialmente maior. Não há, portanto, realização da renda por meio da entrega de dinheiro ou de “quase-moeda”.

Assim, é imprópria a conclusão de que se a valorização do ativo foi aceita por um terceiro (a sociedade limitada) em uma operação de integralização de capital, então, há ganho (aquisição de um acréscimo patrimonial) apto a ser tributado, que decorre da diferença positiva entre o custo histórico do bem entregue (imóvel cujo custo de aquisição se aproxima de zero) e do bem recebido em troca (cotas da sociedade limitada avaliadas em elevado montante).

Referida conclusão, extraída da situação pelo Fisco, não escapa a um exame mais acurado acerca do fato gerador do imposto de renda. Como visto, não basta a existência de um acréscimo patrimonial adquirido, sendo imperiosa a realização que o torne disponível para o titular da renda. Quando ocorre a integralização aqui discutida, ambas as partes acreditam que os bens permutados tem o mesmo valor e cada uma delas acredita na ocorrência de ganhos futuros, fruto da possível e logicamente incerta viabilidade econômica do direito transacionado. Todavia, o ganho somente se considerará realizado quando o bem permutado (participações societárias) for alienado - e se nesta alienação for apurado ganho. Tributar o ganho potencial, não realizado, levaria ao absurdo de exigir que o contribuinte fosse obrigado a se desfazer de seu patrimônio para pagar o imposto¹¹.

Registre-se, por fim, que a exigência de *realização da renda* para que os ganhos de capital sejam tributados tem alcance mundial. A Suprema Corte Norte-americana é pródiga em exemplos de vedação à tributação de ganhos não realizados, podendo ser destacados os famosos precedentes *Eisner v. Macomber*; *Merchant's Loan and Trust Company v. Smietanka*; *Town v. Eisner* etc.¹²

3. Os Dispositivos Legais Aplicáveis e a Interpretação Proposta

O fundamento legal da exigência do Imposto de Renda sobre ganho de capital pela RFB na mera integralização de capital social sem torna pode ser buscado no art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 7.713/1988, que assim dispõe:

¹¹ O alerta é também feito por Andrade Filho:

“Ao estabelecer que o imposto deva incidir sobre o rendimento realizado ou separado, o CTN rechaça a tributação com base no mero acréscimo porquanto esta se baseia na simples valorização do capital (do patrimônio como um todo, ou de alguns bens em particular), ou seja, sem que o contribuinte tenha condições de pagar o imposto a menos que venha a se desfazer dos bens nos casos em que estes não geram fruto ou se o valor destes frutos é ínfimo em relação ao total da riqueza tributada.” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das empresas*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33)

¹² BANKMAN, Joseph; SHAVIRO, Daniel N.; e STARK, Kirk J. *Federal income taxation*. 16ª ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

As lições de Shon são precisas nesse aspecto:

“Por esse ponto de vista, faz sentido a não tributação de acréscimos que ainda não estejam disponíveis para o contribuinte ou que ainda não tenham sido transformados em dinheiro (por meio de uma venda ou de outra transação que leve à realização do lucro ou do ganho). A necessidade de se proteger o patrimônio do contribuinte contra os riscos de uma expropriação deve nortear a contabilidade tributária para uma abordagem mais conservadora do que aquela do mercado de capitais, na qual os investidores buscam uma perfeita fotografia dos riscos e oportunidades existentes em seus negócios.” (SCHÖN, Wolfgang. *International accounting standards - a “starting point” for a common european tax base?* Munique: Max Planck Institute, pp. 18-20. Disponível em www.eatlp.org/.../International_Accounting_Stan. Acesso em 14 de março de 2015 - tradução livre do original em inglês)

“Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

(...)

§ 3º 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.”

É interessante notar que o legislador vincula a incidência a uma operação que caracterize alienação, citando como exemplos a 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.

Para que o dispositivo em questão possa ser validamente interpretado, é preciso cotejá-lo com as demais normas que regem a tributação da renda no Brasil. Em outras palavras, será tributada a alienação quando restar configurada a existência de um acréscimo patrimonial - sem o qual não há renda.

Isso se comprova pela expressa menção do legislador ao contrato de permuta, no qual a verificação de um ganho não é a regra, na medida em que as partes apenas adquirem objeto diverso do possuído inicialmente, mas em caráter de substituição. O ganho, se e quando ocorrer, fica restrito à torna, justamente o montante que elimina a presunção de equivalência entre os bens permutados.

Não fosse esse o entendimento correto, então o legislador teria inserido no rol das operações que caracterizam alienação, e, portanto, sujeitas ao ganho de capital, um negócio jurídico que tem por traço distintivo a equivalência de prestações, ou seja, a inexistência de ganho, o que não faria qualquer sentido.

Dessa forma, é preciso separar a possibilidade de verificação de ganho por meio de contratos típicos e o ganho propriamente dito (base de cálculo). Este último somente se verifica quando houver uma diferença positiva entre o patrimônio do sujeito passivo medido antes e após a operação. No caso da permuta, por exemplo, isso somente será possível quando se estiver diante de permuta com torna; do contrário, o efeito patrimonial é zero.

O art. 23 da Lei nº 9.249/1995 parece contrariar essa regra. Ao disciplinar as operações de integralização de capital, o dispositivo prevê a possibilidade de a pessoa tomar como referência o custo do bem conferido ao capital (valor constante na DIRPF) ou o valor de mercado. Na segunda hipótese, contudo, determina a tributação da diferença como ganho de capital. Veja-se:

“Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

A interpretação desse artigo não pode ser realizada sem que a devida atenção seja dada ao Decreto-lei nº 1.598/1977, que exige, em diversos dispositivos, a realização financeira para que o ganho de capital seja tributável. A exposição de motivos do Decreto-lei esclarece a questão, evidenciando a preocupação do legislador com a capacidade econômica do contribuinte de arcar com o ônus do tributo:

“O projeto adota a orientação geral de submeter os ganhos de capital ao imposto somente quando realizados, isto é, quando a pessoa jurídica tem condições financeiras de suportar o ônus tributário. (...)”

Logo, ausente a realização financeira, o ganho não pode ser tributado, ficando diferido para o momento em que o sujeito passivo demonstre efetiva capacidade econômica ou contributiva.

A única interpretação possível decorrente da opção prevista no citado art. 23 da Lei nº 9.249/1995, para que seja legal a apuração de ganho de capital tributável, deve pressupor que o contribuinte reconheça o aumento do custo em sua declaração, substituindo o valor constante da declaração de bens pelo valor das cotas recebidas. Entendimento contrário levaria ao absurdo de impor o reconhecimento de um ganho até mesmo para a sociedade, que também teria a sua *base* equivalente a zero no momento da emissão de suas cotas em troca do bem em questão, o que importaria o reconhecimento de um ganho. Assim, quer-se demonstrar que mantido o custo de aquisição na declaração da pessoa física, incabível a apuração de ganho de capital, ainda que o ativo conferido ao capital tenha sido recebido na sociedade por valor superior ao custo da pessoa física.

A opção contida no art. 23 da Lei nº 9.249/1995, então, somente pode gerar a incidência de ganho de capital se vier acompanhada de uma manifestação de vontade do contribuinte que atribua efeitos tributários ao ato societário de conferência do bem ao capital a valor de mercado. O efeito tributário sobre o ganho de capital pode ocorrer por meio da alteração do valor da alienação ou do valor de custo, já que o ganho é a diferença entre ambos. Mantida a premissa da alienação (integralização) a valor de mercado, o efeito tributário (de redução da base de cálculo) deve decorrer do aumento do custo, ou seja, do reconhecimento da diferença entre o valor de mercado e o valor declarado na DIRPF como custo de aquisição. Caso contrário - opção pela manutenção do custo histórico -, a integralização do bem a valor de mercado não deve gerar reflexos tributários.

Em outras palavras, para que a norma do citado art. 23 se aperfeiçoe e tenha os efeitos tributários que dela se espera, não basta a conferência de um bem ao capital de uma sociedade por valor superior ao constante da declaração de bens, sendo necessário que essa diferença seja adicionada ao custo histórico, que terá o efeito futuro de diminuir a base de incidência do ganho de capital no momento da realização. Caso contrário, a opção pela integralização a valor de mercado não gera reflexos tributários, justamente em razão da ausência de realização financeira, exigência Constitucional e que encontra respaldo no Decreto-lei nº 1.598/1977.

Outrossim, vale ainda lembrar que a legislação submete o imposto de renda das pessoas físicas ao regime de caixa¹³, que se aproxima bastante da realização finan-

¹³ Lei nº 7.713/1988:

“Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.”

ceira referida na exposição de motivos do Decreto-lei nº 1.598/1977. De fato, seria um contrassenso exigir a realização financeira para as pessoas jurídicas (que, em regra, tem o princípio da competência como referência para tributação da renda) e, ao mesmo tempo, tributar ganhos não realizados de pessoas físicas, cuja disciplina jurídica impõe a adoção do regime de caixa para fins de IRPF.

Portanto, não são tributados os ganhos de capital não transformados em dinheiro, ficando claro que é o regime de caixa o aplicável à tributação desses ganhos.

A questão fica ainda mais evidente quando se está diante de um pretense ganho de capital decorrente da conferência de bens ao capital de sociedades. Esse tipo de operação não escapou da análise de Tilbery, sem dúvida uma das maiores autoridades sobre o assunto, especialmente quando se trata do Decreto-lei nº 1.598/1977¹⁴:

“Na eventualidade de na subscrição de bens do Ativo Permanente lhes ser atribuído um valor mais elevado do que consta na contabilidade da subscritora, não se trataria de ganho de capital realizado, mas de novo valor atribuído - portanto, seria um caso de reavaliação na subscrição de capital, que se rege pelo disposto no art. 36.”

Bulhões Pedreira adota o mesmo posicionamento¹⁵:

“Se os bens recebidos na troca são dinheiro não há dúvida de que o lucro está realizado. Mas se não tem valor em dinheiro determinável com precisão, ou não podem, com facilidade, ser convertidos em dinheiro, ainda não há lucro real ou efetivo. É o caso, por exemplo, de permuta de um bem por outro cuja realização em dinheiro, ou em direitos com liquidez, dependa de nova troca no mercado. Nesse caso não há realização do lucro potencial, mas sua transferência de um bem para outro.”

Deste modo, a integralização de capital faz com que os bens conferidos sejam substituídos por outros, em razão de uma operação de natureza permutativa, o que impede a apuração de qualquer tipo de ganho, como será visto no tópico seguinte, mantida a premissa de manutenção do custo original declarado na DIRPF.

4. A Jurisprudência

A jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha em sentido análogo ao posicionamento ora esposado. Já sustentou o STF que “a incorporação de bens ao capital social é um ato típico, não equiparável a ato de comércio ou a cessão de direitos, regulada que é por lei especial, que afasta a ideia de lucro, porque não se traduz em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor dos bens ainda que expressos nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita”¹⁶.

O STJ seguiu a mesma linha, ao pugnar que “a incorporação de imóvel de sócio à pessoa jurídica é forma *sui generis* de alienação”, que “não se assemelha à compra e venda, adjudicação, doação, desapropriação, etc.”, pois “em qualquer destas hipóteses é presente o lucro”, ao contrário da integralização que “não resulta vantagem ou ganho”¹⁷. Em outro aresto, concluiu a Corte Superior que “sendo a incorporação de bens ao capital social da empresa um ato típico regulado por lei especial, não se traduzindo em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor daqueles bens,

¹⁴ TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital das pessoas jurídicas*. 1ª edição. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, pp. 57-58.

¹⁵ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Justec/Adcoas, 1979, p. 281.

¹⁶ STF, RE nº 95.905/PR, Rel. Min. Cordeiro Guerra. Julgado em 22.6.1982.

¹⁷ STJ, REsp nº 22.821/PE, Rel. Min. Garcia Vieira. Julgado em 24.6.1992.

afastada está a ideia de lucro”¹⁸. E ainda mais claramente, averbou noutra oportunidade que “meras expectativas de ganho futuro não configuram renda tributável”, razão pela qual a substituição de ativos ocorrida na integralização de capital “não é capaz de caracterizar disponibilidade econômica ou jurídica de renda, nem acréscimo patrimonial, não estando, pois, sujeita à incidência do imposto de renda”¹⁹.

Importante destacar que, a respeito do último precedente do STJ referido, o TRF da 2ª Região (Tribunal de origem), pronunciou-se de forma clara sobre a incoerência de acréscimo patrimonial - fato gerador do imposto de renda - em operações de permuta envolvendo participações societárias. Vale conferir a ementa e um trecho do voto condutor, que adotou parecer de lavra do Procurador-geral da República:

“Processual Civil. Tributário. Extinção de *Holdings*. Substituição da Participação dos Acionistas. Mera Permuta de Bens. Incoerência de Acréscimo Patrimonial. Inexistência de Fato Imponível a justificar Imposto de Renda. Provedimento Negado. Decisão Unânime.

Tratou-se de simples fato permutativo, do ponto de vista das ciências contábeis, que provoca uma troca de elementos patrimoniais, sem, contudo, alterar o patrimônio líquido do contribuinte. Não se pode confundir com a hipótese de fatos modificativos positivos (plano contábil), que importam em uma efetiva mutação aumentativa dos elementos patrimoniais da pessoa, caracterizando o acréscimo patrimonial, fato do IR.”²⁰

Com base em todo o exposto, é preciso dizer que não pode haver a incidência de imposto de renda sobre ganho de capital ainda que haja conferência de bem ao capital social por montante superior ao custo de aquisição do referido bem, desde que mantido o custo original do bem conferido ao capital, no caso de opção pelo art. 23 da Lei nº 9.249/1995. Estando ausente o elemento realização, o imposto de renda será inexigível.

Ademais, determinada a manutenção do valor do bem substituído na declaração de bens da pessoa física, garantida estará a tributação integral no momento correto, o da alienação, oportunidade em que o ganho apurado estará realizado.

5. Em Conclusão: a Operação de Integralização de Bem Imóvel em Sociedade por Cotas é Permuta sem Torna, Intributável pelo Imposto de Renda quando de sua Efetivação

O caso *sub examine*, a despeito de envolver negócio jurídico de integralização de capital, deve ser tratado como permuta, não apenas em razão dos efeitos gerados, que são de fato permutativos, mas também em razão dos traços jurídicos distintivos desse contrato.

A permuta foi objeto de expressa regulação no art. 533 do Código Civil, assim redigido:

“Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.”

De plano, é preciso esclarecer que o contrato de permuta não se confunde com o de compra e venda, apesar da determinação contida no dispositivo acima. A marca distintiva entre os institutos é o preço, ausente na permuta, uma vez que os bens permutados são tidos por equivalentes para as partes, ainda que os valores sejam desiguais.

Em regra, com bem esclarece Barros Monteiro, “qualquer coisa ou objeto *in commercium* é suscetível de troca: móveis por móveis, móveis por imóveis, imóveis por imóveis, coisa por coisa, coisa por direito, direito por direito. Tudo o que pode ser vendido pode ser trocado”²¹. Justamente por isso, a permuta pode envolver bens de natureza distintas²². Essa característica já foi inclusive reconhecida pela jurisprudência do Carf, ao assentar que “tudo que pode ser objeto de uma compra e venda pode ser trocado, não sendo necessário que os bens permutados sejam de igual espécie ou valor, sendo lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel, ou ainda um bem imóvel ou móvel por um direito”²³.

A regra geral na permuta é a inexistência de prestações realizadas em moeda, sendo, porém, admitido o pagamento de um percentual em dinheiro (torna). Tal fato leva, inexoravelmente, à conclusão de que o que se adquire com a permuta é um novo direito, que apesar de diverso daquele detido inicialmente, acaba por substituí-lo sob a ótica patrimonial.

Assim, na permuta não há ganho, pois cada uma das partes admite como equivalentes os bens permutados, ainda que subjetivamente. Ou seja, ainda que economicamente os bens permutados possuam valor diverso, tal fato será irrelevante para o negócio jurídico de permuta²⁴.

Em verdade, na hipótese de operações de caráter meramente permutativo não se verifica a ocorrência do fato gerador do imposto de renda. Nessa linha, é aplicável ao caso o entendimento adotado no Parecer PGFN/PGA nº 970, de 23 de setembro de 1991, que concluiu que a entrega de títulos da dívida pública federal e outros créditos para recebimento de ações de empresas no âmbito do Plano Nacional de

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5, 34ª ed. atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 129.

²² Sobre esse aspecto da permuta, averba Carlos Roberto Gonçalves:

“A permuta pode, assim, envolver coisas distintas e quantidades diversas: móveis e imóveis, vários móveis por um imóvel etc. Pode ter por objeto, também, coisas futuras, sendo frequente, hoje, a permuta de um terreno por apartamento do edifício que nele será construído pelo incorporador permutante. (...) Quando um dos contraentes faz a reposição parcial em dinheiro, a troca não se transmuda em compra e venda, salvo se representar mais da metade do pagamento. Assim, se um contratante recebe coisa que vale R\$ 100,00 e entrega outra que vale R\$ 30,00, fazendo a reposição da diferença (R\$ 70,00) em dinheiro, terá havido compra e venda.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272)

²³ Carf, Acórdão nº 2102-001.909. Data da sessão: 16.4.2012.

²⁴ Orlando Gomes é preciso:

“(…) não é da essência da troca que as coisas tenham igual valor. A desigualdade somente desfigura a permuta quando a contratante, que dá coisa de valor menor, complete sua prestação com dinheiro e o complemento é mais valioso.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 300)

¹⁸ STJ, REsp nº 23.841/CE, Rel. Min. Hélio Mosimann. Julgado em 17.5.1995.

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 396.145/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 14.10.2003.

¹⁹ STJ, REsp nº 668.378/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 18.10.2005.

²⁰ TRF da 2ª Região, Ap. no MS nº 2001.02.01.028041, Rel. Des. Alberto Nogueira. Julgado em 27.5.2003.

Desestatização (PND) configura permuta e não se sujeita à apuração do ganho de capital, cuja incidência ocorrerá apenas por ocasião da alienação das ações.

O Carf se posiciona nessa mesma linha²⁵. Ressalta-se, inclusive, que tal entendimento já vinha sendo adotado pelo antigo Conselho de Contribuintes:

“Essa Câmara firmou entendimento majoritário que não incide ganho de capital na permuta de bens, seja qual for a natureza desses (terrenos, participações societárias, veículos, etc.), conforme Acórdão nº 102-47.681, proferido na sessão de 22/06/2006. Entendeu o Colegiado que na operação de permuta não há acréscimo patrimonial do contribuinte; logo, a não incidência do ganho de capital não poderia ser restrita às operações entre imóveis mediante escritura pública de permuta.

Nessa linha de raciocínio, o valor atribuído ao imóvel na operação passa a ser irrelevante à medida que não há incidência do ganho de capital sobre aquela parcela do negócio. O reflexo do valor ao bem permutado dar-se-á em dois momentos: o primeiro na tributação da torna eventualmente recebida no negócio, o segundo numa eventual alienação desse bem.”²⁶

Trazendo tais considerações ao caso objeto de estudo, percebe-se que a integralização de capital é negócio jurídico que em muito se assemelha a uma permuta, autorizando-lhe a conferência do tratamento jurídico da permuta.

Destaca-se que quando a autoridade administrativa busca gravar um suposto ganho ocorrido em operação de integralização de capital, ela o faz por meio da consideração de que o ato de integralização de capital é espécie do gênero “alienação”. Vale conferir o entendimento da RFB a esse respeito²⁷:

“557 - A transferência de bens ou direitos para integralização de capital configura alienação?

Sim. A transferência de bens ou direitos a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, configura alienação.

A pessoa física deve lançar, na declaração correspondente ao exercício em que efetuou a transferência, as ações ou quotas subscritas pelo valor pelos quais os bens ou direitos foram transferidos.

Se a transferência dos bens ou direitos tiver sido efetuada por valor superior ao constante para estes na Declaração de Bens e Direitos, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.”

Contudo, o imposto de renda não tem como fato gerador a ocorrência de um negócio jurídico específico, do qual seria exemplo uma operação de conferência de bens ao capital social de uma sociedade empresária, de modo que não basta a ocorrência de uma alienação para a incidência do imposto. Como visto, o fato gerador é a aquisição de um acréscimo patrimonial realizado e disponível.

²⁵ Carf, Acórdão nº 2101-001.751. Data da sessão: 10.7.2012:

“Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2003 IRPF. Ganho de Capital. Aquisição de Novos Bens Imóveis pelo Contribuinte mediante Permuta de Unidades Imobiliárias Acrescida do Pagamento, pelo Contribuinte, de Torna. Inexistência de Acréscimo Patrimonial. Sendo certo que a alienação dos bens imóveis pelo contribuinte foram feitas mediante permuta por fração ideal de novo imóvel, sem o recebimento, de sua parte, de qualquer valor em espécie, mas, ao contrário, havendo pagamento de valor adicional para a aquisição dos novos bens, não há que se falar em ganho de capital. Havendo sido atribuída à fração ideal da nova unidade imobiliária custo de aquisição idêntico àquele relativo ao bem permutado, eventual ganho de capital será aferido futuramente, quando da alienação do novo bem. Recurso provido.”

²⁶ Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 102-47.844. Data da sessão: 17.8.2006.

²⁷ <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaFisica/IRPF/2013/perguntao/assuntos/ganho-de-capital.htm>.

Com isso, demonstra-se que a integralização de capital, por si só, não pode ser considerada uma compra e venda. A tributação de eventual ganho ocorrido em operações dessa natureza não prescinde de sua classificação como espécie de um determinado gênero - alienação -, o que leva ao fato de que a conclusão pela tributação do suposto ganho ocorre de forma indireta. Primeiro é preciso que integralização seja alienação, para depois verificar se o ganho ocorrido é tributado.

No entanto, em sua essência, a integralização de capital, ainda que pudesse ser considerada parte de um tal gênero *alienação*, continua tendo como traço marcante a ausência de preço, a equivalência de prestações e o direito real de dispor sobre objeto diverso do detido inicialmente.

Logo, integralização, mesmo que tida como alienação, não gera ganho, por caracterizar operação de permuta, negócio jurídico em que os bens objeto de troca são dados e recebidos por cada uma das partes pelo seu valor original, desde que ausente a torna, como no presente caso. O ganho potencial embutido em uma permuta cujos bens possuem valores diversos (o que não desnatura o contrato, como visto), estará realizado apenas quando financeiramente disponível para as partes.

Dessarte, se algum ganho existe na integralização de capital de imóvel em sociedade limitada, esse ganho somente estará realizado quando a sociedade em questão remunerar o capital investido, que será objeto de tributação ou não a depender da forma eleita (distribuição de lucros ou pagamento de juros sobre o capital próprio), ou quando o investidor alienar o investimento com ganho.

Caso prevaleça a tese da Fazenda, o contribuinte será tributado por uma manifestação apenas econômica de capacidade contributiva, representada pela valorização de seu patrimônio.

Nesse ponto derradeiro, vale recorrer ao Parecer PGFN/PGA nº 454/1992, que estatui com clareza hialina:

“21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio. A sua tributação, configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza.”

O que se tributa não é qualquer manifestação econômica de riqueza, mas apenas aquela representativa de um acréscimo patrimonial adquirido, realizado e disponível, fruto de uma realidade econômica tida como válida pelo direito. É a velha história da pirâmide invertida do conceito de renda, em que o mais amplo conceito é aquele definido pelos economistas (que pode considerar até mesmo a renda imputada) e o mais restrito é o definido pelo direito, que exige aquisição, realização e disponibilidade.

Ademais, não se pode deixar de levar em conta que a manifestação de uma riqueza tributável deve ser materializada em algum instituto de Direito Civil, que é a permuta no presente caso. Escusando-nos pela repetição, a constatação da existência de uma permuta faz com que eventual ganho econômico seja tido como inexistente pelo direito, que presume a equivalência subjetiva de valores.

Por fim e já encerrando, é preciso dizer que a tese aqui defendida não levará a qualquer prejuízo para o Fisco, é claro, desde que o ganho econômico decorrente da diferença entre o valor de custo do imóvel na DIRPF e o valor das cotas recebidas

em troca venha a se tornar efetivo em algum momento no tempo. Admitir a inexistência de realização leva apenas ao diferimento para o momento eleito pela Constituição, que não admite a existência de renda sem que se verifique a ocorrência de um acréscimo patrimonial realizado e disponível²⁸.

²⁸ Em termos práticos, as cotas recebidas em permuta devem ficar registradas na DIRPF pelo mesmo valor que era atribuído ao imóvel integralizado - ou seja, zero, porquanto recebido em doação, o que manterá preservada a base de apuração de eventual ganho de capital, ficando inalterado o direito de a Fazenda Pública tributar integralmente o ganho futuro, por ocasião de sua realização.