IMPÔSTO DE RENDA — VENDA DE AÇÕES DE SOCIEDADE — FUNDAMENTO E CRIAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

— A mais-valia (lucro) obtida pela pessoa física na venda de ações de sociedade anônima não está sujeita ao impôsto de renda.

PARECER

O acionista F., titular de certo número de ações de sociedade anônima, *ao portador*, quer vendê-las, por preço superior ao do respectivo valor nominal.

Obtendo, na transação, certo "lucro", decorrente da mais-valia alcançada pelas ações de que é possuidor, indaga:

Êsse "Lucro", obtido na venda de ações ao portador, de sociedade anônima, incide no Impôsto sôbre a Renda?

1. Como introdução ao estudo da matéria versada no item 1.º da Consulta, vamos expor, de modo sucinto,

alguns princípios da teoria geral do direito tributário relacionados com o *fato imponível*, de vez que, entre nós, tal como nos demais Estados de Direito:

"*O fato gerador do impôsto é sempre a lei tributária* (*Constituição Federal*, artigo 141, § § 2.º e 34) votada pelo Parlamento e incluída no Orçamento da República.

"C'est surtout le besoin de protéger les contribuables contre les exactions financières des Chefs d'État qui a donné naissance aux parlaments modernes" (*Duguit*, "Droit Const.", vol. IV, pág. 416, *Déclaration des Droits, de* 1789, *arts.* 13 *e* 14).

Na verdade:

2. A criação do crédito do impôsto é operação jurídica complexa, que reclama uma análise precisa de todos os seus elementos caracteristcos, dos quais o mais importante é justamente o *fato imponível*, que na linguagem técnica recebe também as denominações de *fato gerador* (Jèze; Damervalle), pressuposto de fato (Jarach), *pressuposto legal do tributo* (Jarach) ou *situação de fato* (Giannini).

3. De início convém recordar que a obrigação fiscal é uma obrigação *ex-lege* e que, como diz Jarach, "o princípio fundamental que, no Estado moderno, é próprio dos tributos é o princípio *nullum tributum sine lege*, em conseqüência do qual só surge uma pretensão da Administração ao tributo e de maneira correspondente uma obrigação para o particular, se uma lei, em sentido material e não sòmente formal, prevê o *fato jurídico* que lhe dá nascimento, os *sujeitos* aos quais correspondem a *pretensão* e a *obrigação*, e a medida destas".

4. Estamos de acôrdo, em tese, com Jarach, mas, tendo em vista o direito brasileiro, devemos convir em que não basta a existência da lei do impôsto para a criação do crédito fiscal. Ela é, para nós, uma lei *imperfeita*, que não tem a fôrça obrigatória das outras leis. Para que sua eficácia se exerça, em cada exercício financeiro, é indispensável que a receita correspondente ao tributo criado na lei figure no orçamento da receita. E' o orçamento da receita que põe em vigor, anualmente, a lei do impôsto. As duas únicas exceções a essa regra são a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra (Constituição Federal, art. 141, § 34).

5. Dêsses princípios gerais decorre que são condições prévias, para que, no comércio jurídico, possam surgir *fatos imponíveis*, a existência:

1.º) da lei criadora do impôsto;

2.º) da inclusão da respectiva receita no orçamento.

6. No direito brasileiro tais condições prévias assumiram a categoria de princípios constitucionais (Constituição Federal, art. 141, § 34), enquanto em alguns outros países decorrem de leis ordinárias que consagram tradicionalmente essa essencial garantia dos contribuintes, que consiste em assegurar à representação nacional a prerrogativa da autorização anual das receitas tributárias.

7. Sancionada a lei do impôsto e incluída a estimativa da receita, que lhe corresponde, no orçamento, *certos fatos* passam a incidir nas definições e nos conceitos da lei fiscal como matéria tributável, razão pela qual a doutrina os caracteriza como *fatos imponíveis*, isto é, como fatos sujeitos à imposição fiscal.

8. Vamos passar agora, em revista, a conceituação dada por alguns autores ao *fato imponível*, a fim de revelar tôdas as suas características e de evidenciar a importância que êle assumiu no moderno direito fiscal.

9. O professor Gaston Jèze, no início do seu conhecido estudo sôbre o "Fato gerador do impôsto", assim se expressa:

"Na técnica do crédito do impôsto, um elemento essencial é o *fato gerador do impôsto*. Essa expressão aparece correntemente nos estudos doutrinários e nas decisões dos tribunais franceses. Que é, porém, *o fato gerador do impôsto?*

Por essa expressão, entende-se o *fato*, ou o conjunto de *fatos*, que permitem aos agentes do fisco exercerem sua competência legal de fazer nascer um crédito de *certa* soma, a título de *certo* impôsto e a cargo de *certo* contribuinte.

"Por exemplo, a introdução, na fronteira, de uma mercadoria compreendida nos têrmos da tarifa aduaneira é, para o importador, o *fato gerador* do impôsto de importação.

A *morte* de um indivíduo é, para os herdeiros do falecido, o *fato gerador* do impôsto de sucessão.

A situação jurídica de proprietário de um terreno ou de uma casa no dia 1.º de janeiro de cada ano, é, na França, para cada proprietário, o *fato gerador* do impôsto imobiliário" ("Revista de Direito Administrativo", vol. 2, pág. 50).

10. O professor Dino Jarach, um dos mais ilustres discípulos da escola financeira de Pavia, dirigida pelo eminente e sábio professor Benevenuto Griziotti, dedicou ao tema, que estamos debatendo, uma monografia do mais alto valor, na qual demonstra que ao *fato imponível* se vincula tôda a problemática jurídica das relações entre o direito privado e o tributário, tôdas as questões referentes aos sujeitos ativos e passivos das obrigações tributárias, às isenções e às evasões fiscais.

"A obrigação tributária em geral, do ponto de vista jurídico, é uma relação jurídica *ex-lege*, em virtude da qual uma pessoa (sujeito passivo principal, contribuinte ou responsável), está obrigada para com o Estado, ou outra entidade pública, ao pagamento de uma soma de dinheiro, desde que se verifique o *pressuposto de fato*, determinado pela lei.

Por vontade da lei a obrigação do contribuinte, e a pretensão correlativa do Fisco dependem da ocorrência de um *fato jurídico*, o chamado pressuposto legal do tributo, ou *fato imponível*" (Dino Jarach, "El hecho imponible", B. Aires, 1943, pág. 63).

11. O professor Ezio Vanoni, caracteriza, do mesmo modo, o *fato gerador* como o momento culminante da relação tributária, nestas palavras:

"A obrigação tributária concreta nasce no momento em que se verifica o fato da vida social a que a lei vincula o aparecimento do débito tributário, isto é, no momento, como ensina a doutrina tributária tedesca, da *tatbestandsverwirklichung*.

E' evidente que, assim como a fonte da obrigação *ex delicto* é o fato delituoso, a fonte da obrigação tributária é o fato ao qual a lei liga o nascimento do débito do impôsto: o recebimento de uma renda, a celebração de um contrato, a abertura de uma sucessão, a venda de uma mercadoria, a introdução de certas mercadorias na fronteira de um Estado ou a fabricação de certas outras, etc.". (Ezio Vanoni, "Natura ed interpretazione della legge tributarie", Pádua, 1932, pág. 105).

12. O professor A. D. Giannini se filia à mesma corrente, como vemos desta passagem:

"O débito do impôsto nasce no momento mesmo em que se verifica aquela particular *situação de fato*, à qual a lei vincula cada impôsto e que pode ser genèricamente designada como o *pressuposto do tributo*.

Êsse pressuposto fornece ainda a base fundamental que, integrada por outros fatôres, permite a concreta determinação do montante do débito do impôsto". (A. D. Giannini, "Il rapporto giuridico d'imposta", Milão, 1937, pág. 47).

13. No anteprojeto de Código Fiscal para a República Argentina, de autoria do Dr. Carlos M. Giuliani Fonrouge, a matéria ficou regulada desta maneira:

"*Nascimento da obrigação fiscal.*

Art. 17. Os créditos fiscais nascem quando se produzem as situações que, de acôrdo com as leis fiscais, dão origem a uma *obrigação tributária*, mas só são exigíveis a partir da data marcada pelas disposições em virtude das quais tiveram origem".

14. Conceituado o *fato imponível como a situação que a lei do impôsto elege para constituir o pressuposto do tributo*, verificamos que sòmente com a ocorrência dêsse fato pode surgir para o Estado o direito ao crédito do impôsto, e,

para o indivíduo, a correlativa obrigação do seu pagamento.

15. Do mesmo modo, a lei do impôsto define certos *fatos* para sujeitá-los a tributos, cujo valor indica. No momento em que uma pessoa pratica um dêsses *fatos*, a que denominamos *fatos imponíveis* ou *fatos geradores*, fica obrigada ao pagamento do tributo estabelecido na lei do impôsto.

16. Assim como não pode existir crime a punir sem a prévia existência de um *fato criminoso*, não pode também existir um impôsto a cobrar sem que tenha prèviamente ocorrido um *fato imponível*. Ora:

17. Bem examinada a vigente legislação do impôsto sôbre a Renda, consolidada no decreto n.º 24.239, de 1987, resulta fora de dúvida que, face a essa lei, "*o lucro obtido pela pessoa física* na venda de ações de sociedades anônimas, não está alcançado pelo impôsto sôbre a renda, que, como se sabe, tributa, *de regra* o rendimento, e, só excepcionalmente (em casos expressamente enumerados pelo legislador) os chamados ganhos eventuais (prêmios em dinheiro obtidos em loterias, sorteios, concursos esportivos, etc., Decreto-lei número 9.446, de 11 de julho de 1946).

18. Guardam as nossas leis — que tributam a renda — as normas clássicas que, via de regra, informam a noção de rendimento, em quase tôdas as legislações, as quais se fundam nos princípios da *periodicidade*, da *fonte durável e diligência do contribuinte em relação a esta* (Aliomar Baleeiro, "O impôsto sôbre a renda", Bahia, páginas 60/61), princípios êsses a que alude, também, o Prof. Rubens de Sousa, em seu recente trabalho sôbre — "A evolução da noção de rendimento tributável", (*in* "Archivio Finanziario", 1951, vol. II, págs. 119-127).

19. E' por isso que não são alcançados pelo impôsto sôbre a renda os ganhos esporádicos, como *as heranças*, os legados, os seguros de vida, as doações não remuneratórias e semelhantes, e a casa própria.

20. Aliás, analisando a nossa legislação sôbre o Impôsto de Renda, desde os seus primórdios, que datam de 1926, vamos encontrar subsídio valioso, que confirma a nossa assertiva, de que a mais valia obtida na venda de ações não é alcançada pelo impôsto sôbre a renda: O projeto que se converteu no decreto-lei n.º 4.178, de 1942, pretendera (artigo 4.º, §§ 5.º e 6.º) tributar "os lucros na venda de títulos de qualquer natureza". Caiu, entretanto, a medida, como já sucedera no Regulamento antigo (decreto n.º 17.390, de 1926), (artigos 4, *i* e 5 — logo suprimidos pelo decreto legislativo n.º 5.138, de 5 de janeiro de 1927).

21. Nova tentativa de tributação, feita pelo Projeto do Executivo, encaminhado à Câmara dos Deputados com a Mensagem n.º 111, de 12 de março de 1947, embora tivesse logrado êxito na Câmara, foi julgada pela votação do Senado.

22. Tentava-se fazer incidir no impôsto de 8% o lucro alcançado na venda de títulos de qualquer natureza. Taxou-a de "iniquidade" o Sr. Tito de Rezende, representante da Fazenda junto ao 1.º Conselho de Contribuintes (entrevista ao "O Globo" de 2 de setembro de 1947), pois alcançaria, apenas, *as ações nominativas*.

23. A *Comissão de Finanças do Senado Federal* propôs a rejeição da tributação, invocando, entre outras razões, as seguintes, publicadas no "Diário do Congresso Nacional", de 15 de novembro de 1947, pág. 8.141:

"Quanto aos títulos de crédito, a sua inserção em tal campo tributário, é de execução quase impossível, sobretudo se se tratar de títulos ao portador. Êstes ficariam beneficiados em relação aos nominativos, o que não é de boa política econômica e financeira.

.....

Por outro lado, com a exigência dificultam-se as operações de bôlsa e cerceia-se o próprio crédito público. Num país, como o nosso, em que os negócios dessa ordem ainda são pobres, sendo de desejar o seu desenvolvimento, é de repelir a inovação".

24. Aliás, o mesmo Dr. Tito Rezende, em Comentários que escreveu ao ar-

tigo 4.º, § 5.º da letra *b* do vigente decreto n.º 24.239, de 1947, acrescentou a *jurisprudência fiscal* sôbre a matéria, a qual é no sentido de que:

"Não é devido o impôsto sôbre o lucro na venda de ações, ou outros títulos, por preço superior ao seu valor nominal, ou ao valor porque foram adquiridos (Divisão do Impôsto de Renda, Decisão n.º 301, na *Revista Fiscal*, 1942, n.º 104; na de 1944; idem, Conselho de Contribuintes, decisão número 397 da *Revista Fiscal*, de 1944, e 412 e 427, na de 1945, acrescentando o Dr. Tito Rezende:

"De velha data assim se entendia" (Diretoria Imp. Renda, Decisão número 158, na Revista de 1941, Ministro da Fazenda, Circular n.º 4, de 17-2-1927).

25. Da recusa do Congresso Nacional de aceitar a proposta, constante da referida Mensagem 111, do Executivo, datada de 12 de março de 1947, se segue que — o impôsto de renda — entre nós, a não ser em casos expressamente mencionados na Lei, como o dos sorteios; prêmios de loterias e "bettings", continua não atingindo os aumentos de patrimônio, vale dizer, continua a guardar as linhas mestras de sua estrutura, sem se desvirtuar para o *impôsto sôbre o capital.*

26. Guarda-se, também, a lição da melhor doutrina de direito tributário, condensada na lição de Mestres do porte de Allix, Professor na Faculdade de Direito de Paris, *in verbis:*

"Un grand principe domine la théorie de l'impôt: l'impôt quelle que soit son assiette, qu'eil soit lévé sur les consommations ou sur la situation de la fortune, ne doit être pris que sur un revenu du contribuable.

Par le fait qu'il est un prélévement qui si renouvelle il ne doit être fourni que sur des *richesses qui se renouvellent aussi, sans quoi la fortune nationale diminuarait"* (Traité des Science des Finances, pág. 493).

27. Não temos, ainda, entre nós, o impôsto sôbre os denominados "ganhos da fortuna", ou seja, sôbre os benefícios esporádicos ou fortuitos. O nosso legislador está, nesse particular, nos seus primeiros ensaios, limitando-se, como dissemos, aos prêmios de loterias, sorteios e *bettings. Por outro lado*:

28. Também não se poderia, por *interpretação analógica*, pretender incluir êsses *ganhos eventuais* na incidência de que trata o artigo 10, letra *f*, do decreto n.º 24.239, de 1947, porque nesse dispositivo se cogita, apenas, de rendimentos, ou melhor, de lucros obtidos na "cessão de direitos" — o que é coisa diferente do "lucro obtido na venda de títulos da dívida pública; de ações de companhias ou de cotas de capital das sociedades por cotas de responsabilidade limitada".

29. Se o elemento histórico da reforma fiscal de 1947 (consubstanciada na Lei n.º 154, de 25 de novembro de 1947), acima aludido, já não bastasse para demonstrar a improcedência da exigência do impôsto sôbre os lucros obtidos na venda de ações, bastaria a consideração de que *a analogia* (que, aliás, não existe entre *cessão de direitos e compra e venda*) continua ser vedada em matéria tributária.

30. E' a lição corrente e uniforme dos tratadistas pátrios e estrangeiros, desde o nosso autorizado Paula Batista ("Hermenêutica"), até os modernos doutrinadores (entre os quais é de incluir Giannini, "Il rapporto giuridico d'imposta", ed. 1937, pág. 155, *nota 6, in fine*). *De fato*:

31. Não seria demais relembrar, neste passo a lição de Carlos Maximiliano ("Hermenêutica"), pág. 390:

"Pressupõe-se ter havido o maior cuidado em redigir as disposições em que se estabelecem impostos e taxas, designadas em linguagem clara e precisa, as pessoas e coisas alvejadas pelo tributo, bem determinados o modo, lugar e tempo do lançamento e da arrecadação, assim como quaisquer outras circunstâncias referentes à incidência e à cobrança. Tratam-se as normas de tal espécie como se foram rigorosamente *taxativas;* deve, por isso, o intérprete abster-se de lhes *restringir* ou *dilatar o sentido.* Muito se aproximam das penais quanto à exegese, porque encerram prescrições de

ordem pública, imperativas ou proibitivas, e afetam o livre exercício dos direitos patrimoniais.

Não suportam o recurso *à analogia*, nem *a interpretação extensiva*. As suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, *estrito*.

32. Nem de recordar a lição do Supremo Tribunal Federal, através do magnífico voto do Ministro Orosimbo Nonato, no Agravo de Petição número 10.527, *in verbis*:

"Não é possível, em matéria de direito fiscal, a ampliação de seus têrmos; não porque deixem êles de suportar interpretação extensiva, senão porque não toleram distenção por argumento *a pari*. Não se trata, aqui, de reconhecer procedência, que não existe, no *in dubio contra fiscum*, mas de aplicar ao direito fiscal uma regra de direito comum, pela qual não se presume a existência do vínculo obrigacional, que Savigny conceituava como limitação da liberdade e é, em todo caso, uma restrição de ordem patrimonial.

O *nexum* não se presume e o direito no caso de dúvida, atende mais favoràvelmente à situação do indigitado devedor: "*Plus favens liberationibus quam obligationibus*" (*in* "Diário da Justiça" de 1 de abril de 1943, apêndice, página 1.667).

33. Nessa decisão, guardou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a mais moderna e autorizada corrente doutrinária sôbre a matéria, como se colhe da opinião de Henzel, citado por Vanoni, na sua monografia clássica sôbre *Interpretazione della legge tributarie*:

"La funzione della norma d'imposta é quella di stabilire un dovere, di fissare un obbligo, è cheripugna alla comune coscienza giuridica estendere um obbligo al di la dei confini expressamente fissati della norma" (Henzel, *apud* Vanoni, "Interpretazione della legge tributaria").

"As normas de direito tributário dão ao Estado o direito de invadir a esfera patrimonial dos indivíduos e que, por fôrça do princípio que constitui a própria base do fundamento do Estado de direito, tais invasões sòmente são admissíveis em virtude de uma lei" (Henzel, *apud* Vanoni, ob. cit.).

34. Assim, para que a lei do impôsto de renda pudesse alcançar a *mais valia* de títulos, de ações ou de cotas de capital de sociedades comerciais, era preciso que um preceito de lei o determinasse expressamente, eis que já agora, face ao que determina a Constituição Federal, no art. 141, §§ 2.º e 34:

"§ 2.º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

"§ 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra".

35. Ao demais, é bom recordar, a *mais valia*, no caso de venda de títulos de crédito ou de ações de sociedades comerciais, não resulta, nem se deduz, do simples confronto entre o *valor nominal do título* e o *preço de venda*. Ter-se-ia que calcular o "lucro" tomando em consideração o *preço de aquisição* e o *de venda*, com atendimento do fator *tempo* do investimento do capital; às despesas e a outras circunstâncias, tal como a lei manda que se faça, quando se tem que calcular o impôsto sôbre a mais valia das operações imobiliárias, criado pelo decreto-lei n.º 9.330, de 1946.

36. As dificuldades de ordem prática que tal confronto apresenta, máxime em se tratando de ações de Companhias ou sociedades anônimas, levaram o legislador a não as incluir na taxação que o Executivo solicitara, através de sua Mensagem n.º 111, de 12 de março de 1947.

37. E em se tratando de *ações ao portador*, cuja venda se opera pela *tradição manual* da própria ação ou da respectiva Cautela, a incidência, se houvesse, resultaria letra morta, pelas dificuldades que teria o Fisco de comprovar a tradição, e pela impossibilidade de apurar o montante de lucros even-

tuais, nas operações sôbre tal espécie de títulos ou ações. E' o meu Parecer. *Pro-Veritate.*

D. F., outubro de 1951. — *Otto Gil*, Consultor Jurídico da Associação Comercial do Rio de Janeiro.