

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA UNIVERSALIDADE E DA PROGRESSIVIDADE COMPORTAM UM REGIME DIFERENCIADO NA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL?

*IS A DIFFERENTIATED REGIME FOR THE TAXATION OF
CAPITAL GAINS ALLOWED UNDER THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLES OF UNIVERSALITY AND PROGRESSIVITY?*

André Borges Coelho de Miranda Freire

*Mestrando em Direito Tributário na Faculdade de Direito da USP. Advogado em João Pessoa/PB.
Procurador do Município de João Pessoa. Ex-Procurador do Estado de Sergipe. E-mail:
andrecoelho@usp.br*

Recebido em: 17-09-2020
Aprovado em: 12-11-2020

DOI: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-46-3>

RESUMO

À luz da previsão constitucional de que o imposto sobre a renda e sobre os proventos de qualquer natureza atenderá aos critérios da universalidade e da progressividade, o presente artigo propõe-se a analisar se o tratamento tributário conferido aos ganhos de capital comporta, sob essa previsão, um regime diferenciado. Partindo-se da teoria da concretização normativa de Friedrich Müller, estudam-se as peculiaridades dos ganhos de capital e como elas foram tratadas pela legislação ao longo do tempo, para concluir, depois de analisado o conteúdo dos princípios constitucionais reitores do imposto de renda, que dar-lhes tratamento especial não só é possível, como exigível.

PALAVRAS-CHAVE: GANHOS DE CAPITAL, TRIBUTAÇÃO, UNIVERSALIDADE, PROGRESSIVIDADE

ABSTRACT

Given the constitutional commandments that the income tax be universal and progressive this article analyzes the apparently special treatment granted to capital gains by Brazilian Tax Law. From the standpoint of a normative concretization theory the distinguishing features of capital gains and of their historical treatment by Law are studied, in order to conclude if a special treatment is constitutionally possible or even necessary.

KEYWORDS: CAPITAL GAINS, TAXATION, UNIVERSALITY, PROGRESSIVITY

1. INTRODUÇÃO

Partindo da previsão constitucional do art. 153, § 2º, I, de que o imposto de renda “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”, questiona-se a constitucionalidade do tratamento diferenciado conferido à tributação do ganho de capital.

De fato, no Brasil e por todo o mundo, não é incomum tributar-se os ganhos de capital em separado de outros rendimentos, nem tampouco fazê-lo por alíquotas nominais inferiores àquelas aplicáveis a outros tipos de renda.

O objetivo do presente artigo é precisamente o de aferir se esse modo de tratar os ganhos de capital se compatibiliza com os princípios da universalidade e da progressividade, que informam o imposto de renda brasileiro.

Dados os seus exíguos limites, este artigo enfocará a tributação do ganho de capital tributável pelo IRPF, dadas as complexidades adicionais envolvidas na tributação desses ganhos pelo IRPJ.

A análise se fará por meio do seguinte caminho.

Em primeiro lugar, põem-se os fundamentos teóricos para a análise da realização desses princípios aos ganhos de capital. Dadas as marcadas peculiaridades e a profunda variação de situações fáticas concernentes aos ganhos de capital, pensa-se ser necessário, ainda que brevemente, assentar as adequadas bases teóricas para o estudo do tema. Defende-se que ele deve ser lido à luz de uma teoria da concretização normativa, que reconhece que, embora não despreze a distinção entre o ser e o dever-ser, reconhece que, na construção da norma jurídica, são levados em consideração muitos dados, inclusive fáticos, e não apenas os textos normativos.

Na segunda parte, analisa-se o conteúdo dos princípios constitucionais informadores do imposto de renda.

A terceira parte do artigo debruça-se sobre as peculiaridades dos ganhos de capital. Discute-se se configuram efetivamente renda e, em caso afirmativo, se são dotados de atributos significativamente diversos dos de outros tipos de renda, a ponto de merecerem tratamento especial.

Feito esse percurso, espera-se poder-se responder a duas indagações principais: se o tratamento isolado dos ganhos de capital afronta a universalidade constitucionalmente exigida e se as alíquotas reduzidas em relação às gerais do imposto malferem a progressividade prescrita pela Carta Maior.

2. TEORIA DA CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA. LENTE NECESSÁRIA À ANÁLISE PROPOSTA

Conforme narrado na introdução, o tratamento diferenciado da tributação dos ganhos de capital é objeto de críticas¹ fundamentadas no art. 153, § 2º, I.

Até pouco tempo atrás, antes da Lei n. 13.259/2016, o ganho de capital das pessoas físicas era tributado à alíquota uniforme de 15% e, assim antes como agora, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei n. 8.981/1995², é tributado em separado dos demais rendimentos, o que levava e leva, respectivamente, a discussões de universalidade e de progressividade.

O fato de a Medida Provisória n. 692/2015, que viria a se converter na Lei n. 13.259/2016, ter previsto uma alíquota máxima superior à alíquota máxima geral do IRPF, por outro lado, suscita o questionamento de se há razões jurídicas que permitem a tributação mais gravosa desse tipo de rendimento.

A resposta a essas e a outras questões que serão tratadas só se pode dar, a nosso ver, à luz de uma teoria da concretização normativa.

A mera constatação de que o art. 153, § 2º, I, não distinguiu situações submetidas ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não necessariamente conduz à conclusão de que um ganho de capital nominal de X tenha de ser tratado exatamente da mesma forma que um salário de X, mesmo porque o constituinte expressamente condicionou a eficácia do dispositivo constitucional à intermediação de lei.

Como a legalidade tributária já está prevista – e de maneira deveras reforçada – no art. 150, I, da CF, o “na forma da lei” deve ser entendido precisamente como o reconhecimento de que há mais de um modo e grau de realização das previsões ali constantes, *inclusive com a possibilidade de levar em consideração situações fáticas especiais para aqueles efeitos*.

1 Por todos: QUEIROZ, Mary Elbe. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Barueri: Manole, 2004, p. 384-405.

2 BRASIL. Lei n. 8.981/1995 (com alterações posteriores). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

É precipitado, a nosso ver, nesse sentido, concluir que o mero tratamento em separado dos ganhos de capital afronta a universalidade, sem tratar das razões pelas quais isso se dá. Outrossim, quanto à progressividade da tributação do ganho de capital, é preciso analisar se há peculiaridades na tributação do ganho de capital que exijam mitigá-la, excluí-la ou reforçá-la.

Não se trata de desconsiderar os mandamentos constitucionais referidos, mas de aferir se, *para o atingimento de suas finalidades e para evitar a discriminação de certas espécies de rendimentos*, é justificável o tratamento diferenciado.

Nesse sentido, revela-se útil a teoria da concretização normativa de Friedrich Müller, para a qual, em que pese se reconheça a função limitadora e verdadeiramente prescritiva dos textos normativos, há dados fáticos essenciais à produção da norma jurídica, que só advém ao fim do processo de concretização normativa³.

Com efeito, apesar de não ser esse o espaço para aprofundamentos sobre o tema, a estrutura da norma seria composta do *programa da norma (Normprogram)*, os dados linguísticos normativamente relevantes, e do âmbito da norma (*Normbereich*), os dados reais normativamente relevantes, os fatos que, diante do caso e dos textos normativos, precisam ser considerados⁴.

Assim, o que se defende no presente artigo é que as diferenças econômicas entre os ganhos de capital e a renda do trabalho humano, por exemplo, impõem uma leitura normativa da Constituição que as considere.

Não se trata de tentativa de extrair normatividade dos fatos, mas da percepção de que, como os *fatos tributários* são diversos, as consequências normativas tributárias podem ser diversas, sob pena de afronta ao princípio da igualdade.

A teoria da concretização normativa é, assim, um lembrete de que, ainda que a Constituição não faça uma dissociação expressa do ganho de capital dentro de renda, há todo um histórico teórico-econômico e normativo de relevantes diferenciações, inclusive no Brasil, que impõe considerar que, quando se tratar de ganhos de capital, adaptações são necessárias, repita-se, não para descumprir os mandamentos constitucionais aplicáveis ao imposto de renda em relação a esses ganhos, mas para bem levá-los a cabo, à luz de normas fundantes da tributação constitucional, a exemplo do princípio da igualdade tributária (art. 150, II, da CF).

3 MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. Revista Sequência n. 51, dez. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795>. Acesso em: 27 jun. 2020, p. 9-30, p. 10.

4 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão eletrônica.

É nesse espírito que, no tópico seguinte, estuda-se o conteúdo do art. 153, § 2º, I, da CF.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REITORES DO IR

Conforme Ricardo Mariz de Oliveira, o princípio da universalidade prescreve “que se tribute todo aumento patrimonial ocorrido no período previsto em lei, por inteiro e em conjunto, sem fracioná-lo e novamente sem distinguir as espécies de rendas e proventos”⁵.

Afirma-se, ainda, prescrever dever o imposto “alcançar todo tipo de rendas e proventos auferidos pelo contribuinte de maneira igual, não sendo juridicamente válido distingui-los de acordo com as suas fontes de origem”⁶.

O princípio da generalidade, por sua vez, seria o oposto de seletividade e impediria que houvesse “discriminação entre fatores de produção de acréscimo patrimonial”⁷. Prefere-se, no entanto, a visão mais difundida de que a generalidade se liga às pessoas sujeitas ao imposto. Com efeito, segundo Mary Elbe Queiroz, ela exigiria que todos, em princípio, deverão submeter-se à imposição do imposto de renda se realizarem o respectivo fato gerador⁸.

No mesmo sentido, Miguel Gutierrez, para quem, pela generalidade: “o legislador está proibido de deixar fora da incidência da norma tributária pessoas que demonstrem a mesma capacidade econômica de outros contribuintes sujeitos ao imposto”⁹. Historicamente, tem-se, e.g., que o art. 203 da Constituição de 1946 excetuava expressamente da generalidade a remuneração de professores e de jornalistas¹⁰.

A progressividade, por sua vez, comanda que haja “alíquotas maiores quanto maiores sejam as bases de cálculos”, para que a maior carga tributária se verifique “também em termos proporcionais”¹¹.

5 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Princípios fundamentais do imposto de renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; e ZILVETI, Fernando Aurelio. *Direito Tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 214-215.

6 GUTIERREZ, Miguel. *O Imposto de Renda e os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2009, p. 100.

7 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 254.

8 QUEIROZ, Mary Elbe de. *Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transnacional, lançamento, apreciações críticas*. Barueri: Manole, 2004, p. 36.

9 GUTIERREZ, Miguel. *O Imposto de Renda e os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2009, p. 85.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

11 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 259.

Assim, dado que o que se discute é o tratamento diferenciado de rendimentos específicos, e não necessariamente de pessoas específicas (generalidade), como os ganhos de capital são um tipo de ganho não restrito a um grupo específico de pessoas, o presente artigo aprecia a constitucionalidade de sua sistemática de tributação quanto à *universalidade* e, ainda, quanto à *progressividade* da tributação da renda.

Definidos brevemente os princípios, cumpre fazer algumas observações preliminares.

Primeiramente, tratando-se de verdadeiros princípios, isso significa, nos termos de Humberto Ávila, que são normas, ou seja, verdadeiras prescrições, mas que impõem não os meios, mas os fins¹².

Cuidando-se de normas que regem o modo de exercício da competência tributária¹³, que tradicionalmente se entendem como facultativas da imposição tributária por parte do Estado, que deve ser necessariamente mediada por lei em sentido estrito (art. 150, II, da CF), duas conclusões se impõem.

A primeira delas é que o modo de exercício dessa competência não se pode dar em direção oposta ao prescrito, ou seja, certamente não poderia haver uma tributação deliberadamente regressiva dos ganhos de capital conforme aumentassem os ganhos.

A segunda delas é que, embora o fim esteja posto pela Constituição (atingir uma tributação progressiva), há mais de um meio e mais de um grau para a sua realização: assim, no que se pode afirmar um grau mínimo de progressividade, qualquer tributação por alíquota proporcional, desde que haja um faixa de isenção, será necessariamente progressiva.

No que se refere à universalidade, no mesmo sentido, não poderia haver um imposto de renda verdadeiramente cedular, que tratasse os diversos tipos de rendimentos individualmente, isentasse alguns deles e sobre os demais impusesse alíquotas distintas entre si¹⁴; por outro lado, não se impossibilita necessariamente que haja o eventual isolamento de determinados rendimentos quando, por exemplo, isso se preste a preservar a própria materialidade constitucional.

Estabelecidas essas premissas, passa-se a cuidar das peculiaridades dos ganhos de capital e de como elas devem ser tratadas à luz dos sobreditos princípios constitucionais.

12 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

13 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 22-23.

14 TILBERY, Henry. *O novo Imposto de Renda no Brasil. Comentário à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989, p. 16.

4. O GANHO DE CAPITAL E A TRIBUTAÇÃO. PECULIARIDADES E TRATAMENTO DIFERENCIADO

4.1. Definição e breve histórico

Primeiramente, é preciso definir o ganho de capital. Embora as definições legais variem pelo mundo e, apesar das críticas, pode-se dizer que, à diferença de outras rendas, os ganhos de capital aderem à fonte permanente¹⁵; nas palavras de Tilbery, o ganho de capital, na desgastada metáfora, é o aumento do valor da árvore, ao passo que a renda são os frutos que dela nascem¹⁶. Ainda é relevante, na definição de Ault, a nota de que se trata de ganho não recorrente, que não faz parte do fluxo normal de renda de um negócio¹⁷.

Seja como for, os ganhos de capital podem ser das mais diversas naturezas. Seu tipo influencia não só a própria existência de renda (que não haveria, por exemplo, em ganhos puramente inflacionários), mas também a capacidade contributiva em cada caso¹⁸.

Por clareza, neste artigo, adota-se uma das mais simples ilustrações de ganho de capital: a valorização de um imóvel.

Para além da definição, o tema está cercado de controvérsias. Por muito tempo se discutiu primeiramente se o ganho de capital configura renda. Se é certo que, pelo conceito SHS (Schanz-Haig-Simons) largamente aceito de renda (renda como consumo + acréscimo patrimonial), estão abarcados os ganhos de capital, pois configuram acréscimos patrimoniais que traduzem inegável incremento da capacidade econômica¹⁹, visto que, inclusive, podem-se traduzir em consumo, nem sempre foi essa afirmação pacífica. Definições mais tradicionais de renda, a exemplo das de Malthus e de Seligman, por outro lado, apontam que só seria renda, ao menos em sentido estrito, aquilo que pode ser consumido sem prejuízo do capital²⁰. Concorriam, igualmente, no passado, as visões do capital como coisa (*res*) e como valor monetário (*quantum*). No primeiro caso, como o capital era a coisa, no nosso exemplo, o bem imóvel valorizado, continuava essa valorização a fazer parte do capital, ao passo que, no segundo caso, como o capital era a quantia

15 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 192.

16 TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. São Paulo: Resenha tributária e IBDT, 1977, p. 78.

17 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191.

18 Ibid., p. 193-194.

19 SIMONS, Henry C. Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1955, p. 50.

20 KORNHAUSER, Marjorie E. The origins of capital gains taxation: what's law got to do with it. Southwestern Law Journal vol. 39, 1985, p. 885-886. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1407663>. Acesso em: 20 maio 2020.

monetária, a valorização do bem já não se podia dizer mais capital, pelo menos não após a realização monetária do ganho²¹.

Essa controvérsia econômica esconde outras mais profundas.

Psicologicamente, verifica-se que há uma tendência à preservação do capital, ainda que se tenha valorizado. Considera-se que o homem prudente pouparia ganhos não recorrentes²², e os trataria como acréscimos ao capital.

Também as visões de mundo influenciam a definição de renda. Se, como noticiam Holmes e Kornhauser²³, na Inglaterra, por largo tempo, a base da economia foi a produção da renda através da longa detenção do capital, nos Estados Unidos, as terras e os bens imóveis em geral eram vistos como *commodities* quaisquer, livre e frequentemente alienadas como forma de enriquecimento.

Em outros âmbitos do Direito, em especial no Direito Privado e, mais especificamente, no Direito dos *trusts*, havia uma marcada distinção entre a renda em sentido estrito (*yield*) e o ganho de capital, que era da mais alta relevância, dada a tendência de só se permitir ao beneficiário consumir o *yield*, mas não a valorização do próprio capital²⁴.

Em determinado momento, a Corte Suprema Americana teve de se defrontar com aquelas questões. Sabe-se que, embora naquele país não haja rígida repartição de competências tributárias entre os entes federados, a Emenda n. 16 atribuiu ao Congresso, sem exclusividade, a competência para instituir tributos sobre a renda de qualquer fonte, sem necessidade de relação da tributação com a população de cada Estado²⁵. Caso contrário, segundo a Seção IX do art. 1º daquela Constituição²⁶, incidiria a exigência constitucional de que os impostos diretos fossem cobrados em proporção à população de cada Estado-membro, o que inviabilizaria um imposto de renda nos termos em que o conhecemos. Desse modo, a questão de se o ganho de capital configurava ou não “renda de qualquer fonte” para os fins da Emenda XVI era central à constitucionalidade de sua tributação.

Os contribuintes americanos buscavam, ao menos, para fins de imposto de renda, a desconsideração de vendas ocasionais, ainda que não daquelas feitas no curso dos negócios,

21 HOLMES, Kevin. The concept of income. A multi-disciplinary analysis. The Netherlands: IBFD, 2000, p. 223.

22 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 198-199.

23 HOLMES, Kevin. The concept of income. A multi-disciplinary analysis. Amsterdã: IBFD, 2000, p. 221-222.

24 MUTÉN, Leif. Treatment of capital gains and losses – a response. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdã: IBFD, 2005, p. 219.

25 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 10 jun. 2020.

26 Ibid.

como se daria por exemplo no caso de quem, com habitualidade, se dedicasse a compras e vendas imobiliárias.

Por todas as razões acima expostas e dado que, ao tempo da decisão da Suprema Corte, viviam os EUA a crise econômica do pós-guerra, era a controvérsia a tal ponto acesa, que se refletia nos editoriais jornalísticos. Do *New York Times* de 15 de fevereiro de 1921 extrai-se o seguinte trecho:

“A distinção econômica entre capital e renda é de direito natural e independe das leis e das constituições. [...] Um tributo sobre ganho de capital é um tributo direto e, se a Emenda Dezesesseis significa alguma coisa, ela confirma o princípio de que tributos diretos devem ser cobrados proporcionalmente à população.”²⁷

Embora evidentemente as categorias capital e renda não se possam dizer naturais, o apaixonado editorial revela a percepção social de que havia marcadas peculiaridades atreladas aos ganhos de capital.

A Suprema Corte americana, poucos meses depois, deu ganho de causa ao Fisco. Certamente pesou o fato de a compra e venda de ativos ser nos Estados Unidos, desde muito antes da decisão, um modo comum de enriquecimento, o que motivou a legislação americana do imposto de renda, *mesmo aquela anterior à Emenda Dezesesseis*, a incluir os ganhos de capital na base tributável. Segundo a Corte, isso tudo levava a crer que os ganhos de capital estavam “nas mentes das pessoas, quando elas adotaram a Emenda”²⁸. Para o Tribunal, por outro lado, era de pouca relevância analisar refinamentos de lexicógrafos e de economistas, assim como, igualmente, previsões da legislação britânica²⁹.

Foi assim que, pelo menos desde 1921, pacificou-se nos Estados-Unidos a constitucionalidade da tributação dos ganhos de capital pelo imposto de renda. Mesmo o reduto ortodoxo da visão tradicional, o Reino Unido, passaria a tributar os ganhos de capital, em 1962 e em 1965, como noticia Tilbery³⁰. O Brasil, por sua vez, embora já antes tributasse os ganhos de capital das pessoas jurídicas, inclusive pela alíquota comum, só a partir de 1976 passou a tributar os ganhos de pessoas físicas sistematicamente³¹.

27 NEW YORK TIMES. Editorial: Taxation of Capital Gains. 15 de fevereiro de 1921 apud KORNHAUSER, Marjorie E. The origins of capital gains taxation: what's law got to do with it. *Southwestern Law Journal* vol. 39, 1985, p. 885-886. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1407663>. Acesso em: 20 maio 2020. No original: “The economic distinction between capital and income is one of natural law, independent of either statutes or Constitutions. [...] A tax on capital gains is a direct tax, and if the Sixteenth Amendment means anything at all it confirms the principle that direct taxes must be apportioned to population.”

28 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Merchants' Loan & Trust Co. v. Smietanka*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/255/509>. Acesso em 15 jun. 2020.

29 Ibid.

30 TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital*. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977, p. 2.

31 Ibid., p. 73.

Se toda a profunda controvérsia exposta não bastou para lograr a intributabilidade desses ganhos, mesmo porque ele funciona como um *backstop* do IR geral (evita a conversão sistemática de rendimentos comuns em ganhos de capital, caso esses últimos não fossem tributados)³², certamente deixou-se aberta a porta para que as especificidades desses ganhos fossem levadas em conta pela legislação.

A própria decisão de 1921 da Suprema Corte afirmou, em *obter dictum*, que “o ganho objeto da ação fora separado do investimento inicial pela venda por dinheiro e, assim, realizado, fato repetidamente considerado renda tributável nos termos da Emenda e das leis do Congresso”³³, dando a entender, pois, pela relevância da realização.

A nosso ver não é coincidência o fato, relatado por Simons, de, justamente a partir de 1921 ter-se passado a conferir nos EUA tratamento diferenciado a esses ganhos. Os Estados Unidos se somariam, assim, a um largo e consistente histórico de distinção tributária no tratamento dos ganhos de capital, que, apesar da consolidação do conceito SHS de renda, perdura até os dias atuais.

Assim, pode-se concluir que, ainda que não mais se questione seriamente a possibilidade de tributar os ganhos de capital sob o conceito de renda, o que, no Brasil, é questão de menor importância, visto que há também competência constitucional para tributar proventos de natureza e expressa definição dessa hipótese de incidência na lei complementar³⁴, há razões que, a nosso ver, para além de meras escolhas de política fiscal, impõem, pelo menos no Brasil, um tratamento particular desses ganhos.

4.2. As notas características dos ganhos de capital

Dados os limites deste artigo, analisam-se nos subtópicos a seguir apenas as principais notas características dos ganhos de capital, explorando-se as soluções jurídicas que se têm empregado para fazer-lhes face.

4.2.1. A incerteza sobre o *an* e sobre o *quantum* dos ganhos

32 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 214.

33 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Merchants' Loan & Trust Co. v. Smietanka. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/255/509>. Acesso em: 15 jun. 2020. Traduzido livremente do original: “it is palpable that it was a ‘gain or profit’ ‘produced by’ or ‘derived from’ that investment, and that it ‘proceeded’ and was ‘severed’ or rendered severable from it by the sale for cash, and thereby became that ‘realized gain’ which has been repeatedly declared to be taxable income within the meaning of the constitutional amendment and the acts of Congress.”

34 TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977, p. 78.

Ainda que, sob a *lifetime perspective*, mesmo rendas comuns possam ser ditas provisórias, visto poderem ser depois tragadas por prejuízos posteriores³⁵, a incerteza sobre a existência e sobre a extensão da renda obtida nos ganhos de capital costuma ser maior.

Mesmo na tributação não empresarial da renda, em que seria incomum cogitar de prejuízos, o mero crescimento do valor de mercado de um bem não garante a existência de renda, nem tampouco viabiliza facilmente, em muitos casos, a determinação do valor do ganho. Basta ter-se em mente possibilidade de desvalorização de ativos titularizados por pessoas comuns, como a casa própria, o que se verificou nos últimos anos no Brasil, em que, após um *boom* imobiliário, seguiram-se diversos anos consecutivos de desvalorização, em certas localidades, até nominal, desses bens³⁶.

Nos ativos de risco, como ações e derivativos, embora, no caso de haver cotação em bolsa, possa-se medir com relativa facilidade os ganhos, a volatilidade é substancialmente maior, razão pela qual não estaria isenta de dificuldades a tributação *mark-to-market*, o que nos recorda o movimento de acentuada baixa generalizada nos mercados em razão da COVID-19.

Para responder a esse tipo de dificuldade, a solução classicamente empregada foi a adoção do critério da realização. Ora, se o ativo for alienado e se se verificar um ganho em relação ao investimento inicial, não se pode dizer que esse ganho seja menos certo do que aquele, por exemplo, derivado do trabalho assalariado, e, ainda que eventualmente possa haver subnotificação do valor de venda, haveria um parâmetro objetivo para a mensuração do ganho, qual seja o do valor da transação.

Além disso, outra razão para adotar o critério da realização é o problema de liquidez, pois, em determinados casos, poder-se-ia forçar a alienação apenas para o pagamento do imposto³⁷.

Apesar, sob essa óptica, da superioridade do critério da realização, não é incomum que se opte por tributar a valorização dos ativos anteriormente à realização, não só por razões de fluxo de caixa do Estado, mas igualmente por razões de capacidade contributiva, pois, mesmo os ativos menos líquidos, a exemplo dos imóveis, podem ser usados, sem qualquer

35 GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 42.

36 TAHUATA, Sérgio. Ganho com imóvel pode alcançar dois dígitos ao ano até 2022. Valor Econômico. São Paulo, 17.02.2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/02/17/ganho-com-imovel-pode-alcancar-dois-digito-ao-ano-ate-2022.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 2020.

37 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 200-202.

alienação, por exemplo, como garantia para levantar empréstimo equivalente ao seu valor de mercado³⁸.

Contudo, a exigência de realização, ainda que limitada a certos ativos, como nota Simons, o mais ardente defensor econômico da tributação ampla e uniforme da renda, que se traduz no Direito Tributário pela universalidade, é uma imposição prática³⁹, embora modernamente se revele a possibilidade de tributar pelo *accrual* cada vez mais ativos, o que não se examina detidamente neste artigo, dado seu enfoque na tributação das pessoas físicas, para as quais o critério da realização ainda costuma ser largamente necessário.

A realização, se não causa por si só, pelos menos agrava em muito os problemas tributários associados à tributação do ganho de capital e que tradicionalmente justificam tratamento diferenciado.

Seja como for, antes de adentrar esses problemas específicos, é preciso perceber que a tributação não pode, em caso algum, ser neutra⁴⁰. Se a necessidade de realização, por exemplo, tem potencial para estimular o *lock-in* e a realização de perdas, onde as perdas sejam consideradas, o *accrual* estimula a venda de ativos que se valorizaram.

4.2.2. O *bunching*

O critério da realização faz com que, frequentemente, o período de formação dos ganhos de capital se protraia no tempo.

Evidentemente, todo recorte temporal para a tributação será arbitrário. Ainda que a praticabilidade imponha a eleição de marcos para a aferição da renda, normalmente o ano, a limitação do transporte de perdas é de duvidosa constitucionalidade⁴¹.

Seja como for, o ganho de capital, pelo menos se adotado o critério da realização, potencialmente refletirá a acumulação de ganhos ocorridos durante vários exercícios.

Há, assim, duas ordens óbvias de problema.

Primeiramente, o fato de a tributação recair sobre ganhos acumulados de vários exercícios (*bunching*), num sistema de alíquotas progressivas, gera uma desigualdade gritante em

38 Ibid., p. 201.

39 SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1955, p. 162.

40 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2-3.

41 DERZI, Misabel A. M. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria A. M. (coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhoa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 264.

relação a quem tenha obtido a mesmíssima renda em valores absolutos, mas ao longo de períodos distintos.

A não haver regras especiais, pode ser que alguém seja alçado a uma faixa de renda mais alta, com alíquotas marginais mais elevadas, tão somente por ter realizado o ganho de capital em determinado exercício.

Perceba-se que esse problema é inerente à progressividade⁴², que beneficia aqueles que têm uma renda constante ao longo de toda a vida em detrimento daqueles que, a exemplo dos artistas e dos atletas de ponta, costumam auferir a maior parte da renda de toda a vida em período relativamente curto dela. No entanto, é inegável que essa deficiência da progressividade é mais grave em relação ao ganho de capital, seja porque é muito comum que ele se forme em período superior ao do exercício, seja porque ele se verifica com frequência também com relação a pessoas que, de outro modo, teriam por suas vidas uma renda bastante constante.

Há quem aponte, no entanto, que os efeitos nefastos do *bunching* seriam compensados pelo diferimento da tributação até o momento da realização e pelos demais “benefícios” associados aos ganhos de capital⁴³.

Esse tipo de avaliação, no entanto, não pode ser acriticamente transportada para o Brasil, sem uma visão de conjunto da tributação dos ganhos de capital, pois, nos EUA, a realização de perdas diminui a base tributável do imposto de renda e, além disso, a morte pode afastar de modo permanente a tributabilidade do ganho de capital ocorrido até o fim da vida do falecido⁴⁴. Assim, o tratamento diferenciado pela alíquota ou pela base vem acompanhado de exclusões muito relevantes, como a da morte⁴⁵ e, ainda, da possibilidade de compensar perdas de capital com ganhos, o que nem sempre é possível no Brasil.

4.2.3. Inflação

Em segundo lugar, como consequência do *bunching*, é comum que relevante parte da valorização dos ativos se componha de *ganhos inflacionários*. Como a tributação incide sobre a diferença entre o custo de aquisição e o valor de alienação, em princípio, salvo em casos de deflação, a tributação incidirá, ao menos parcialmente, sobre ganhos meramente

42 SLEMROD, Joel. *Taxing ourselves: a citizen's guide to the debate over taxes*. Cambridge: MIT Press, 2008, p. 95-96.

43 CUNNINGHAM, Noel B.; e SCHENK, Deborah H. *The case for a capital gains preference*. *Tax L. Rev.* vol. 48, 1992, p. 374.

44 *Ibid.*, p. 323.

45 SHAVIRO, Daniel N. *An efficiency analysis of realization and recognition rules under the federal income tax*. 48 *Tax L. Rev.* 1 (1992). In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; e MCCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997. 2ª tiragem: 2003, p. 217.

nominais, o que eleva sobremaneira a alíquota efetiva, que se calcula pela razão entre o imposto pago e a parte real do ganho.

Esse é um problema que se pode dizer típico do ganho de capital. Nas rendas comuns, não se pode afirmar em princípio estar-se tributando a inflação, pois elas serão o resultado da soma entre elementos positivos e, idealmente, seus correspondentes elementos negativos. Portanto, excluídos os ganhos de capital, em regra, o que pode haver é, num sistema progressivo, a aplicação de alíquotas maiores a lucros que, em outros períodos, foram tributados a alíquotas menores, em caso de ausência de correção monetária das faixas aplicáveis.

Nesse sentido, percebe Ian Roxan que, quando os lucros são derivados apenas do trabalho ou de serviços profissionais, os custos são tipicamente dedutíveis de imediato, de modo que receitas e despesas são incluídas por seus valores correntes. No entanto, quando os lucros são derivados de ativos detidos ao longo do tempo, é evidente que o elemento inflacionário tem potencial para afetar os resultados⁴⁶.

Em rendas comuns, pode-se dizer, inclusive, que a inflação verificada entre a obtenção da renda e o pagamento do imposto (pense, por exemplo, no IRPF, na parte da renda economicamente obtida em janeiro de certo exercício e sobre a qual o imposto só será devido no ajuste anual do ano seguinte) reduz a alíquota efetiva aplicável.

O problema dos ganhos inflacionários é, ainda, maior que o da mera acumulação de ganhos que fossem todos reais, já que ele se verifica até em um cenário de alíquotas proporcionais, caso em que alíquota efetiva, ou seja, aquela que desconsidera os ganhos apenas nominais, se elevará conforme se avolumem os ganhos inflacionários em proporção aos ganhos totais.

Embora se aponte que a indexação seja teoricamente o ideal, a complexidade dessa solução é muito maior do que aparenta⁴⁷, a começar pelo fato de haver múltiplos índices inflacionários aplicáveis e, ainda, por a inflação pessoal ser profundamente variável e pela constatação de que, como nem todos se conseguem proteger da inflação igualmente, a tributação de ganhos inflacionários nivelaria o efeito imposto-inflação⁴⁸.

A indexação, inclusive, traz a desvantagem de favorecer a especulação, pois beneficia ganhos obtidos em curto tempo e, portanto, com menos inflação embutida, em um cenário de uma exclusão de base ou de redução de alíquota constantes⁴⁹. Por fim, indexar os ganhos

46 ROXAN, Ian. Influence of inflation. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 233.

47 DURST, Michael C. Inflation and the Tax Code: guidelines for policymaking. *Minn. L. Rev.* vol. 73, 1988, p. 1273-1285.

48 TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital*. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977, p. 34.

49 GRAVELLE, Jane G. Indexing capital gains taxes for inflation. *Current Politics and Economics of the United States, Canada and Mexico* 71
FREIRE, André Borges Coelho de Miranda. Os Princípios Constitucionais da Universalidade e da Progressividade comportam um Regime Diferenciado na Tributação do Ganho de Capital?. *Revista Direito Tributário Atual*, n.46. p. 58-80. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral

de capital, mas não outros tipos de renda, como os juros, pode levar a desequilíbrios, visto que haveria dedução integral dos juros, nos casos em que essa dedução é admitida, mas tributação apenas do ganho de capital real⁵⁰.

Assim, somos levados a concordar com Ian Roxan, para quem a indexação só é recomendável em tempos de inflação persistentemente alta, exatamente como havia no Brasil até antes da estabilização monetária, em que as alíquotas eram mais elevadas, mas, por outro lado, havia indexação⁵¹.

Portanto, simplesmente indexar os ganhos de capital para aplicar sobre os ganhos reais as alíquotas gerais pode não ser uma solução viável, ainda que crie uma sensação de manutenção do tratamento uniforme a todos os tipos de renda.

À falta de soluções simples para os problemas apontados, é de se analisar se a solução brasileira, de redução de alíquotas (em comparação com as alíquotas gerais de IRPF), cumulada, em certos casos, com a redução de base se mostra apta a combater os problemas apontados e se é consentânea com a Constituição.

4.3. O princípio da universalidade e a tributação isolada e definitiva dos ganhos de capital

No IRPF, tem-se que os ganhos de capital são isolados para fins de tributação, conforme o art. 21, § 2º, da Lei n. 8.981/1995, *in verbis*:

“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.”⁵²

Percebe-se que há uma incomunicabilidade entre esses ganhos e as demais rendas para fins tributários. Não se comunicam sequer ganhos relativos a bens e direitos diversos, ainda que alienados no mesmo ano (art. 21, § 3º, da Lei citada). A tributação é isolada e definitiva.

A técnica legislativa pode ser justificada como uma consequência indireta do critério da realização, para evitar que se somem aos demais rendimentos ganhos realizados no ano, mas não necessariamente nele originados.

vol. 20, n. 3, 2018, p. 513-516.

50 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congressional Budget Office. Indexing Capital Gains, 1990, p. 46. Disponível em: <https://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/77xx/doc7773/90-cbo-041.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

51 LEMGRUBER, Andréa. A tributação do capital: o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto sobre Operações Financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; e ARVATE, Paulo (org.). Economia do Setor Público no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 222 e 223.

52 BRASIL. Lei n. 8.981/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

Como percebe Andrews, esse diferimento pode ser visto como um benefício, especialmente se ele puder ser por tempo indefinido⁵³.

O simples diferimento, no entanto, não era considerado nem mesmo por Simons, como já visto, uma imperdoável violação ao modelo do *comprehensive income tax*, pois seria inafastável.

Com efeito, o diferimento, por si só, não impediria a aplicação das alíquotas gerais a esses ganhos, ainda que com ajustes intertemporais (*averaging*, como tentativa de, por determinadas fórmulas, distribuir o ganho pelos exercícios)⁵⁴ em razão do *bunching*. Não se olvide, ainda, que, no conceito SHS, só configuram renda os ganhos reais⁵⁵.

A indexação e/ou o *averaging*, além de, de algum modo, configurarem uma espécie de tratamento diferenciado para os ganhos de capital, trazem complexidade para o sistema, o que pode recomendar outra sorte de tratamento distinto para esses ganhos.

O *averaging* nos ganhos de capital, destaque-se, é intrinsecamente problemático, pois, à diferença, por exemplo, de nos RRA (rendimentos recebidos acumuladamente), não se pode afirmar que os ganhos foram igualmente distribuídos pelos exercícios que medeiam a aquisição e a alienação.

Assim é que, em muitas circunstâncias, prefere-se conceder benefícios mais gerais, de redução de alíquota e/ou de base de cálculo, nesse último caso frequentemente conforme o tempo de detenção⁵⁶.

Desse modo, essas normas podem entender-se como normas de simplificação, que visam “converter” ganhos de capital em ganhos comuns. Se a redução de base ao longo do tempo para imóveis claramente funciona como um alívio para ganhos inflacionários e, por ser fixa, foge à tentação de indexar a economia, a redução das alíquotas serve como um meio aproximativo, mas prático, de fazer face ao *bunching*, nos casos em que não haja redução de base, também como um meio para compensar a inflação, ainda que não haja redução de alíquotas conforme o tempo.

Solução semelhante existe entre nós de há muito, desde o chamado imposto sobre o lucro imobiliário, em que se “admitia a dedução de percentagens de 10 a 30%, conforme o prazo

53 ANDREWS, William D. The Achilles' heel of the comprehensive income tax. *New Directions in Federal Tax Policy for the 1980s* 278 (Charles E. Walker e Mark A. Bloomfield ed., 1983, reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; e MCCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997. 2ª tiragem, 2003, p. 206).

54 SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1955, p. 154-156.

55 SAVJETOVANJE, Međunarodno. The dual income tax: implementation and experience in European countries. *Ekonomskipregled* vol. 57, n. 3-4, p. 275.

56 Confira-se nesse sentido o art. 50 do atual Regulamento do Imposto de Renda. BRASIL. Decreto n. 9.580/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

que havia passado entre aquisição e venda”⁵⁷. De modo mais importante, o DL n. 1.510/1976, para a alienação de participações societárias, outorgou a faculdade de opção para a alíquota reduzida de 25% (art. 8º)⁵⁸.

Desse modo, por todas as razões expostas, a exceção à universalidade parece se justificar, ainda que fosse recomendável vinculá-las mais diretamente aos objetivos a que servem, promovendo-se, por exemplo, uma redução da base no tempo, ainda que pré-fixada, para compensar a inflação e, sobre isso, graduando as alíquotas por uma fórmula simples que as aumentasse conforme o valor, para garantir a progressividade, e, ao mesmo tempo, as reduzisse conforme o tempo de detenção do ativo, para fazer face ao *bunching*.

Vislumbrar semelhantes regimes tributários tão somente como um benefício fiscal para o capital é, a nosso ver, fazer tábula rasa das relevantes idiosincrasias dos ganhos de capital.

A possibilidade constitucional de tratamento em separado como modo simplificado de levá-las em conta, contudo, certamente não legitima todas as características do modelo brasileiro, que pode ser aperfeiçoado como sugerido e, ainda, sob o aspecto das perdas de capital.

Com efeito, um problema decorrente do tratamento ceder dos ganhos de capital são as perdas de capital. Ao tratar esses ganhos separadamente, para levar em conta suas peculiaridades, o legislador defronta-se com a questão de como tratar as perdas de capital. As opções são, pelo menos, três: desconsiderá-las totalmente, permitir a sua dedução apenas de ganhos de capital ou permitir sua dedução de todos os tipos de renda.

Segundo Kavelaars, “se se assume que o tipo de renda não é importante (tributação sintética), então a combinação com outras rendas do mesmo ano é a aproximação correta; quando as rendas distintas forem tributáveis por regimes distintos (tributação analítica), então o alívio vertical é a solução adequada”⁵⁹. Em defesa desse paralelismo, entre nós, encontra-se a posição de Tilbery⁶⁰.

Para Freedman, o que o critério da realização e o tratamento especial justificam é a restrição à compensação de perdas de capital apenas contra ganhos de capital, em razão da tendência a realizar perdas, mas não ganhos⁶¹.

57 TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977, p. 146.

58 BRASIL. Decreto-lei n. 1.510/1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1510.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

59 KAVELAARS, Peter. Accrual versus realization. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 135.

60 TILBERY, Henry. A tributação dos ganhos de capital. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977, p. 42.

61 FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 211.

Efetivamente, em razão desse critério, seria possível realizar perdas em descompasso com os ganhos, de modo a compensar perdas de capital com renda comum e, posteriormente, realizar apenas ganhos, com tratamento tributário diferenciado.

Para Lang, em sentido semelhante, a dedução total das perdas de capital só é possível em face dos ganhos de capital, exatamente em razão do tratamento diferenciado desses ganhos⁶².

Ainda que haja essa limitação, conforme Kavelaars, simplesmente não considerar as perdas é injustificável, visto que a perda configura renda negativa⁶³. Assim, a tributação cedular dos ganhos de capital que não permita a dedução de perdas de capital, ainda que apenas contra esses ganhos, não é constitucional, pois acaba por tributar o patrimônio.

A solução correta, sob um sistema de realização, é a incomunicabilidade com outros tipos de renda, permitido o transporte das perdas no tempo. Nesse sentido, a lei americana permite, para contribuintes não corporativos, o *carryover* indefinido de perdas que não puderam ser deduzidas dos ganhos de capital do ano⁶⁴.

4.4. A progressividade e os ganhos de capital

No que se refere especificamente à progressividade, tem-se que, no período anterior à MP n. 692/2015, a tributação do art. 21 da Lei n. 8.981/1995 se dava à alíquota única de 15%, o que rendia à previsão a pecha de atentatória à progressividade constitucional do imposto de renda.

Ora, pelo exposto, percebe-se que havia sim um mínimo de progressividade na tributação do ganho de capital, seja pela existência de diversas isenções pelo valor⁶⁵, que têm como consequência a progressividade, ainda que, evidentemente, atenuada e falha, seja porque, mesmo sem qualquer faixa de isenção, há uma progressividade no tempo pelo acúmulo de ganhos inflacionários, pelo aumento da alíquota efetiva sobre os ganhos reais. A progressividade, nesse último caso, não seria necessariamente, reconhece-se, em razão do valor, embora em muitos casos a progressividade em razão do valor coincida com a progressividade no tempo.

Desse modo, ainda que se possa ver a adoção de alíquota única reduzida como uma resposta aos ganhos inflacionários, ela igualmente tem um efeito de progressividade.

62 LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 29-30.

63 KAVELAARS, Peter. Accrual versus realization. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). The notion of income from capital. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 134.

64 SCHMALBECK, Richard; e ZELENAK, Lawrence. Federal income taxation. 2. ed. Nova York: Wolters Kluwer/Aspen, 2007, p. 861.

65 Vide art. 133 do já citado RIR, por exemplo.

Pode-se afirmar que a Lei n. 13.259/2016 aperfeiçoou a progressividade do ganho de capital, pois previu expressamente o aumento das alíquotas em razão do *valor* do ganho. Pelo menos nominalmente, vê-se que a progressividade é muito inferior àquela verificada nas alíquotas gerais do IRPF, o que não configura necessariamente benefício fiscal, mas uma maneira de fazer face às já multirreferidas peculiaridades dos ganhos de capital.

O que é inadmissível, a nosso sentir, é que a progressividade possa ser, no caso do ganho de capital, mais gravosa do que em relação a outros tipos de renda, a exemplo do que poderia suceder sob a égide da MP n. 692/2015⁶⁶.

Previa-se que a parcela dos ganhos superior a 20 milhões de reais seria tributada à alíquota de 30%, potencialmente inconstitucional, por diversas razões. Primeiramente, nos casos em que não houvesse redução de base, haveria a possibilidade real de alíquotas efetivas bastante elevadas, até superiores a 50%, a depender da inflação do período, em afronta à vedação à tributação com efeito de confisco. Em segundo lugar, haveria um agravamento inconstitucional e injustificado da tributação em razão do tipo de ganho, precisamente para um ganho em relação ao qual há justificativas bastante razoáveis para alíquotas nominais menores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi o de aferir se o tratamento diferenciado concedido pela legislação brasileira à tributação do ganho de capital, com enfoque na tributação pelo IRPF, é constitucional à luz dos princípios constitucionais reitores da tributação da renda e dos proventos de qualquer natureza.

Demonstrou-se haver uma larga gama de razões, para além da indução econômica, que não foi objeto deste artigo, para não tributar os ganhos de capital como rendas quaisquer.

Desse modo, a sistemática tributária brasileira dos ganhos de capital no IRPF, embora não seja a única possível e ainda que certamente possa ser aperfeiçoada, não se revela atentatória aos princípios da universalidade e da progressividade, mas pode ser vista como um modo simplificado de dar o tratamento constitucionalmente adequado a esses ganhos.

Antes pode se dizer que o reconhecimento legislativo das peculiaridades desses ganhos é uma obrigação constitucional do legislador, que, acaso pretenda tributar ganhos nominais de capital realizados em determinado exercício corre o sério risco de desbordar do conceito de renda, de tributar de modo confiscatório e de atentar gravemente contra o princípio da

66 BRASIL. Medida Provisória n. 692/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv692.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

igualdade, inadvertidamente tributando de modo mais gravoso determinados acréscimos patrimoniais meramente por sua origem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão eletrônica.

ANDREWS, William D. The Achilles' heel of the comprehensive income tax. *New Directions in Federal Tax Policy for the 1980s 278* (Charles E. Walker e Mark A. Bloomfield eds.), 1983 (reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; e McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997, 2ª tiragem, 2003).

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Competências tributárias*. um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. *Decreto n. 9.580/2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei n. 1.510/1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1510.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. *Lei n. 8.981/1995* (com alterações posteriores). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. *Lei n. 8.981/1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. *Medida Provisória n. 692/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv692.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

CUNNINGHAM, Noel B.; e SCHENK, Deborah H. The case for a capital gains preference. *Tax L. Rev.* vol. 48, 1992.

DERZI, Misabel A. M. Princípio de cautela ou não paridade de tratamento entre o lucro e o prejuízo. In: CARVALHO, Maria A. M. (coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DURST, Michael C. Inflation and the tax code: guidelines for policymaking. *Minn. L. Rev.* vol. 73, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Congressional Budget Office*. Indexing Capital Gains, 1990. Disponível em: <https://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/77xx/doc7773/90-cbo-041.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Suprema Corte. *Merchants' Loan & Trust Co. v. Smietanka*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/255/509>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

GRAVELLE, Jane G. Indexing capital gains taxes for inflation. *Current Politics and Economics of the United States, Canada and Mexico* vol. 20, n. 3, 2018.

GUTIERREZ, Miguel. *O Imposto de Renda e os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2009.

HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2000.

KAVELAARS, Peter. Accrual versus realization. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

KORNHAUSER, Marjorie E. The origins of capital gains taxation: what's law got to do with it. *Southwestern Law Journal* vol. 39, 1985. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1407663>. Acesso em: 20 maio 2020.

LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

LEMGRUBER, Andréa. A tributação do capital: o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto sobre Operações Financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; e ARVATE, Paulo (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. *Revista Sequência* n. 51, dez. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MUTÉN, Leif. Treatment of capital gains and losses – a response. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdã: IBFD, 2005.

NEW YORK TIMES. Editorial: *Taxation of Capital Gains*. 15 de fevereiro de 1921 *apud* KORNHAUSER, Marjorie E. The origins of capital gains taxation: what's law got to do with it. *Southwestern Law Journal* vol. 39, 1985. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1407663>. Acesso em: 20 maio 2020.

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

_____. Princípios fundamentais do Imposto de Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; e ZILVETI, Fernando Aurelio. *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

QUEIROZ, Mary Elbe de. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transnacional, lançamento, apreciações críticas*. Barueri: Manole, 2004.

ROXAN, Ian. Influence of inflation. In: ESSERS, Peter; e RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005.

SAVJETOVANJE, Međunarodno. The dual income tax: implementation and experience in European countries. *Ekonomskipregled* vol. 57, n. 3-4.

SCHMALBECK, Richard; e ZELENAK, Lawrence. *Federal income taxation*. 2. ed. Nova York: Wolters Kluwer/Aspen, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SHAVIRO, Daniel N. An efficiency analysis of realization and recognition rules under the federal income tax. *48 Tax L. Rev.* 1 (1992). In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; e McCOUCH, Grayson M. P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997. 2ª tiragem: 2003.

SIMONS, Henry C. *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1955.

SLEMROD, Joel. *Taxing ourselves: a citizen's guide to the debate over taxes*. Cambridge: MIT Press, 2008.

TAHUATA, Sérgio. Ganho com imóvel pode alcançar dois dígitos ao ano até 2022. *Valor Econômico*. São Paulo, 17.02.2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/02/17/ganho-com-imovel-pode-alcancar-dois-digito-ao-ano-ate-2022.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 2020.

TILBERY, Henry. *A tributação dos ganhos de capital*. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1977.

_____. *O novo Imposto de Renda no Brasil. Comentário à Lei nº 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989.