

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

FLÁVIO COUTO BERNARDES

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

JOAQUIM FREITAS ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito tributário e financeiro [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Flávio Couto Bernardes; Joaquim Freitas Rocha; Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-480-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Contribuinte. 3. Tributos. 4. Obrigações. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

Apresentação

Neste encontro internacional do CONPEDI, na Universidade do Minho, na cidade de Braga, Portugal, não poderíamos deixar de congregar ideias, reflexões e mesmo aflições sobre a intervenção diária em nossa vida social do denominado tributo. Já se dizia há tempo, nas palavras de um juiz da corte Suprema americana, que ao se pagar tributo, compramos cidadania. Pergunta-se, seja no Brasil seja em Portugal, o preço não está a cima do desejável e a hipotética cidadania a ser alcançada não sofreria de verdadeira desnutrição ? A medida da tributação deveria corresponder a medida de satisfação social pelas ações estatais dela decorrentes. Não é que aparenta acontecer. Reclama-se aqui ou alhures sobre o peso pecuniário imposto pelo Estado a todos nós. Qual seria a medida justa ? Não há resposta fácil para uma pergunta cuja referência passa por uma apreciação, individual e, certamente, pessoal, do caráter da justiça da tributação. Quando idealiza-se e executa-se um encontro como este do CONPEDI, mormente com a conjugação de esforços e mentes de países irmãos na história e na linda língua portuguesa- nos deparamos com artigos centrados no tributo e nas finanças do Estado das mais variadas cepas e matizes. Mas um fato é incontroverso. Todos nós estamos imbuídos em discutir e pensar o direito tributário e financeiro na busca, incessante e frequentemente frustrante, do que poderíamos alunhar de éden ou utopia tributária. Baixa tributação, simplicidade na arrecadação e bom retorno nos serviços estatais. Isto não existe mas, como diziam os mais poetas, "sonhar é preciso".

Parabéns a todos que contribuíram com sua vontade e inteligência neste GT cujo encontro está marcado em nossa vida acadêmica.

Parabéns e nossos sinceros agradecimentos à Universidade do Minho em prestigiar evento tão importante a todos nós que vivenciamos a vida acadêmica do direito no Brasil.

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - UFMG

Prof. Dr. Joaquim Freitas Rocha - UMINHO

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UCP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TRIBUTAÇÃO DA RENDA NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

THE TREATMENT OF INCOME TAXATION ON THE REDEMPTION OF SHARES

Luísa Marina Rohrmann ¹

Resumo

O presente trabalho abordará o instituto da incorporação de ações, disciplinado no art. 152, da Lei nº 6.404/76, e buscará discutir se há, na referida operação de reorganização societária, ganho de capital tributável no patrimônio dos acionistas cujas ações foram substituídas por ações da companhia incorporadora. São elementos nucleares dessa discussão o próprio conceito da operação de incorporação de ações, de renda tributável, bem como o conceito de acréscimo patrimonial e de realização de renda, dentre outras questões inerentes à tributação da renda.

Palavras-chave: Incorporação de ações, Ganho de capital, Renda, Acréscimo patrimonial, Realização da renda

Abstract/Resumen/Résumé

This paper will address the institute of redemption of shares, disciplined in the art. 152 of the Corporation Law (6.404/76), and will seek to discuss whether there is, in this corporate reorganization, taxable capital gain for the shareholders. Are core elements of this discussion the concept of the stock redemption, taxable income, as well as the concept of equity increase and realization of income, among other issues related to the taxation of income.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Redemption of shares, Capital gain, Income, Equity increase, Realization of income

¹ Master of Laws (Tilburg University –UVT)

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise do instituto da incorporação de ações e as implicações tributárias que esta reestruturação societária acarreta no patrimônio dos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas.

A incorporação de ações é um instrumento legal que a Lei nº 6.404/76 (LSA) coloca à disposição dos agentes econômicos para que sejam realizadas reestruturações societárias. No entanto, especialmente no âmbito tributário, duas vem sendo as visões sobre o ato jurídico de incorporação de ações: a primeira em que se defende, ser o ato de incorporação como sendo mero aumento de capital da sociedade incorporadora, e segunda, em que se defende ser a incorporação de ações um ato jurídico tipificado em lei e com especificidades que lhe são próprias, cuja primordial função econômica é a conversão de uma companhia em subsidiária integral de outra.

Nesse sentido, tem-se que ao se adotar uma ou outra visão, diversas serão as consequências tributárias. No que concerne ao exame da tributação da renda que o trabalho se propõe a analisar, faz-se necessário, por certo, delimitar e expor ambas as interpretações acima citadas, para tanto, adotaremos como marco teórico a análise feita por Ricardo Mariz de Oliveira¹.

Importante, também, destacar a diferença entre os institutos da incorporação de sociedades e da incorporação de ações, tendo em vista que seus objetos, fontes, efeitos e modos de realização são distintos, na medida em que as normas vigentes estabelecem nítidas diferenciações entre as referidas operações. Sendo assim, o intérprete deverá se atentar para não equipará-las dos pontos de vistas societário e tributário, uma vez que cada operação possui natureza jurídica própria.

Diante do exposto, buscar-se-á no desenvolvimento do presente trabalho a problematização do instituto jurídico da incorporação de ações e o tratamento tributário a ser aplicado, assim como a proposta de solução coerente com o imperativismo e o normativismo jurídico, respeitando, por óbvio, a dinâmica e a complexidade inerentes à operação que se propõe a analisar. A metodologia adotada será dedutiva, a partir da análise da legislação disponível, ilustrada pela análise jurisprudencial a respeito do tema.

Verificar-se-á, também, a sistemática da tributação dos possíveis ganhos e rendimentos dos acionistas envolvidos na operação de incorporação de ações. Por fim, o

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

presente trabalho pretende abordar as discussões sobre o tema no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e na esfera judicial.

2 O INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

2.1 Da importância e complexidade do tema no atual cenário econômico

O instituto da incorporação de ações está disciplinado no art. 252 da Lei nº LSA e configura relevante inovação na aplicação do direito societário brasileiro e, particularmente a partir dos anos 2000, vem sendo um dos pilares para expressivas operações de reestruturação societária.

Trata-se, portanto, de importante meio para a realização de operações de reorganização societária, essenciais no atual cenário de dinamismo das relações econômicas, em que reestruturações são cada vez mais comuns, seja dentro de um mesmo grupo econômico, seja envolvendo partes independentes.

A incorporação de ações é a operação pela qual determinada companhia adquire todas as ações de outra companhia, tornando-se sua única sócia, com o intuito de convertê-la em sua subsidiária integral.

Assim como no caso da incorporação de sociedades, a incorporação de ações tem a função de associar duas companhias. No entanto, os efeitos da incorporação de ações se diferem dos da incorporação de sociedades, na medida em que a associação entre as companhias é meramente econômica e social. Desse modo, a companhia cuja as ações são incorporadas continua a existir como subsidiária integral da companhia incorporadora. Há, portanto, a formação de um grupo de sociedades, porém sem a absorção ou extinção da incorporada, tal como ocorre na incorporação de sociedades².

Diferentemente da incorporação de sociedades, disciplinada no art. 227, da LSA, em que há a absorção de uma sociedade por outra, que lhe sucede em todos os direitos e deveres, na incorporação de ações a companhia cujas ações são incorporadas não se extingue e não há sucessão de direitos e deveres. A companhia em questão continua a existir como subsidiária integral da sociedade incorporadora.

Nesse sentido, importante mencionar que os patrimônios das duas sociedades não se confundem, permanecem separados e o novo conjunto de sócios, que tiveram as suas ações

² LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

substituídas por ações da companhia incorporadora, passa então a ter participação direta no patrimônio da incorporadora e indireta no patrimônio da subsidiária integral.

O instituto da incorporação de ações é um instrumento muito utilizado pelas companhias ou por um grupo de sociedades para realizar uma descentralização administrativa e manter a autonomia da companhia incorporada como pessoa jurídica própria e com patrimônio próprio. Como destaca José Luiz Bulhões Pedreira:

A subsidiária integral é instrumento para (a) a descentralização administrativa da grande empresa, mediante criação de um segmento da organização personificado, com patrimônio próprio, que passa a exercer a atividade que constitui seu objeto, com administração autônoma, mas sob controle do acionista único, ou (b) a constituição de patrimônio separado, que em virtude da responsabilidade limitada do acionista único constitui unidade de risco econômico e financeiro distinto do restante da empresa.³

Além disso, em um cenário econômico extremamente globalizado em que vivemos atualmente, cuja economia está cada vez mais encadeada, muitas companhias buscam, por meio da incorporação de ações, a concentração empresarial. Assim, a sociedade incorporada visa a participação no mercado explorado pela subsidiária, ou a concentração de expertise detida pela empresa para se tornar mais competitiva, ou a negociação de ações nas bolsas de valores, etc.

2.2 Da natureza jurídica da operação de incorporação de ações e seus efeitos perante o Direito Privado

Primeiramente, importante esclarecer que a incorporação de ações é uma operação societária cujas partes envolvidas são as companhias, e não os seus acionistas. A concretização do negócio jurídico em questão decorre do acordo de vontades das duas companhias, manifestado por meio de deliberações de seus acionistas em Assembleias Gerais com a aprovação do protocolo de incorporação e que produzirá efeitos no patrimônio de terceiros, os seus acionistas.

Assim, deliberada a operação, por meio de Assembleias Gerais de ambas as sociedades, e aprovado o protocolo de incorporação e o laudo de avaliação, nos termos da LSA, consuma-se o negócio jurídico de incorporação de ações. Ato contínuo, conforme determina os dispositivos da lei societária, há o aumento do capital social da sociedade

³ LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 1986.

incorporadora (art. 252, §1º), bem como a subscrição do referido aumento pela diretoria da sociedade incorporada, por conta de seus acionistas (art. 252, §1º).

Note-se, portanto, que os acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas participam da Assembleia Geral da sociedade no exercício da função de membros desse órgão social. Os acionistas não praticam ato de disposição de seus patrimônios particulares.

A despeito de eventual interesse econômico dos acionistas na concretização do ato jurídico de incorporação de ações, há a prevalência do interesse social, por meio de ato emanado da vontade de um único sujeito – a sociedade, vontade esta que transcende à vontade pessoal de cada acionista. Ressalta-se que não obstante a vontade social ser decorrente da vontade da maioria dos sócios, as deliberações tomadas pelos acionistas convergem para a vontade de uma única pessoa, qual seja, a sociedade.

Dessa forma, uma vez consolidada a incorporação de ações, haverá a modificação do estatuto social da incorporadora, com o respectivo aumento de capital a ser realizado com as ações incorporadas. Haverá, por conseguinte, a emissão, pela sociedade incorporadora, de novas ações que substituirão, no patrimônio dos acionistas da sociedade incorporada, as antigas ações adquiridas pela incorporadora na operação. Nos termos do art. 252, § 3º, da LSA, os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.

2.2.1 Interpretação do ato como mero aumento de capital social.

O entendimento de que a incorporação de ações seria um mero aumento de capital decorre de uma visão, a nosso ver, distorcida do próprio art. 252, da LSA. Tendo em vista que o dispositivo legal em referência impõe à operação o aumento de capital que é subscrito e integralizado com as ações dos acionistas da sociedade cujas ações são incorporadas, alguns autores equiparam o ato de incorporação de ações ao de subscrição de capital em bens em um aumento de capital social de determinada companhia.

Nas palavras de Fran Martins:

Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima existente em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai

tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não em dinheiro, mas com as ações dos acionistas da sociedade a ser incorporada.”⁴

Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro são enfáticos ao dizer que a essência da incorporação de ações é a realização de um aumento de capital mediante a conferência de bens.⁵

No mesmo sentido, Nelson Eizirik assevera “conclui-se, pois, que a incorporação de ações apresenta natureza jurídica de um aumento de capital integralizado em bens, o qual apenas segue procedimento semelhante ao estabelecido pela Lei das S.A. para as operações de incorporação de sociedades.”⁶

De acordo com esta visão, portanto, o ato jurídico de incorporação de ações não passaria de um mero aumento de capital da sociedade incorporadora, com subscrição em bens, e integralizado por meio da transferência do domínio das ações incorporadas pelos acionistas da sociedade incorporada à companhia incorporadora. Nesse sentido, argumenta-se que nesta operação ocorre a transferência da propriedade das ações dos acionistas da sociedade incorporada. Isso porque, a sociedade incorporadora adquiriria as ações, por meio de cessão, dos acionistas da sociedade incorporada.

Assim, levando em consideração o entendimento supramencionado, sob a ótica do Direito Tributário, defende-se a ocorrência de ganho de capital, nos termos das normas do imposto de renda, já que, em tese, poderia haver um aumento no patrimônio do acionista “alienante”⁷, conforme será detalhado de forma mais específica nos tópicos seguintes.

Entretanto, conforme demonstraremos nos tópicos seguintes, a incorporação de ações é um ato jurídico distinto do mero aumento de capital social, razão pela qual esta interpretação, a nosso ver, revela-se falha.

2.2.2 Interpretação do ato como ato jurídico típico e distinto do mero aumento de capital social

Há, de acordo com esta corrente, uma clara distinção entre as naturezas jurídicas da incorporação de ações e do aumento de capital puro e simples. Sustenta-se, assim, que a

⁴ MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1040.

⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 2.1. p. 727-728.

⁶ EIZIRIK, Nelson. **Temas de Direito Societário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 344.

⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

própria lei das sociedades anônimas estabeleceu diferenças entre as operações ao regulá-las de forma separada e com características exclusivas, em seus artigos 252 e 170, respectivamente.

Nessa linha, leciona Ricardo Mariz de Oliveira:

Neste sentido, a diferença entre as naturezas jurídicas dos dois atos é gritante, não apenas por ser cada um deles disciplinado por normas específicas e distintas entre si, como também por seus objetivos claramente inconfundíveis, dado que os aumentos de capital são atos internos de uma sociedade, que visam apenas a sua maior capitalização, ao passo que a incorporação de ações é veículo legal para reestruturações societárias não realizadas no âmbito de uma só empresa, mas reunindo a combinação de duas, durante cujo ato o aumento de capital não é objetivo, mas consequência da necessidade de entregar ações da companhia em substituição às ações que eram detidas pelos acionistas da outra entidade. Quer dizer, a função da incorporação de ações é dar consecução a uma reorganização societária ou combinação de negócios, na qual o aumento de capital não é o fim, mas decorrência.”⁸

Não se ignora, por óbvio, que a incorporação de ações acarreta o aumento do capital social na sociedade incorporadora, contudo, não se deve confundi-lo com o ato de aumento de capital puro e simples. Isso porque, no caso da incorporação de ações o aumento de capital é decorrência da transformação de uma sociedade em subsidiária integral da incorporadora.

Além disso, importante destacar que as partes em ambos os casos são distintas. Enquanto na incorporação de ações existe uma relação societária entre duas sociedades, no aumento de capital puro e simples há uma relação contratual entre o acionista e a própria sociedade. Nesse caso, o acionista transfere a propriedade de um bem para o patrimônio da sociedade, que, por sua vez, emite ações correspondentes ao valor do patrimônio integralizado.

Na incorporação de ações a relação se dá entre duas sociedades, mediante deliberação social dos sócios que expressarão a vontade da companhia, cuja consequência é o aumento de capital. Os acionistas não são, portanto, partes na operação, já que o aumento de capital é subscrito e integralizado pelos administradores da sociedade incorporada, mediante a entrega de ações de propriedade de seus acionistas, que se tornam, assim, acionistas da sociedade incorporadora.

Não há, dessa forma, subscrição e integralização voluntária pelos acionistas em outra companhia, mas sim pelos diretores da sociedade que atuam dentro dos procedimentos legalmente exigidos pela LSA à operação de incorporação de ações.

⁸ OLIVEIRA, 2014, p. 55.

Desse modo, entendemos que a incorporação de ações é uma operação única, disciplinada de forma expressa pela Lei das Sociedades Anônimas, com regime jurídico próprio e que não se confunde com outros atos ou negócios jurídicos.

3 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DADO AO ATO JURÍDICO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

3.1 Análise da incidência do imposto sobre a renda em relação aos possíveis ganhos e rendimentos auferidos pelos acionistas envolvidos na operação

No estudo da tributação da renda na incorporação de ações é importante mencionar que o fato gerador do imposto de renda não é a realização de determinado negócio jurídico, muito menos a ocorrência de alguma operação societária. O imposto de renda não incide sobre a celebração de contratos, mas sim sobre acréscimo patrimonial realizado decorrente de qualquer negócio jurídico.

Assim, pode-se dizer que o fato gerador do imposto de renda compõe a classe dos tipos funcionais, os quais têm como fato gerador os efeitos decorrentes da prática do negócio jurídico, diferentemente dos tipos estruturais, que vinculam o fato gerador à própria realização de determinado negócio jurídico, tal como ocorre com o ICMS⁹.

Nesse sentido, não se pode afirmar que a pura e simples ocorrência da incorporação de ações configure o fato gerador do imposto de renda. Isso porque, nos termos do art. 43, do Código Tributário Nacional, a incidência do tributo em referência pressupõe a verificação de acréscimo patrimonial, com a consequente disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda ou proventos de qualquer natureza.

Ressalta-se que conceito de renda, portanto, está intrinsecamente ligado ao acréscimo patrimonial efetivamente ocorrido (e realizado). Dessa forma, o seu fato gerador está condicionado ao aumento do patrimônio do contribuinte ao fim do período de apuração.

Sendo assim, o ato de incorporação de ações será objeto de incidência do imposto de renda se ele acarretar um aumento no patrimônio do acionista cuja ação tenha sido

⁹ A distinção foi inicialmente formulada por Marcel Wurlod no clássico *Forme Juridique et Réalité Économique Dans l'Application des Lois Fiscales*. Cf.: WURLOD, Marcel. **Forme Juridique et Réalité Économique Dans l'Application des Lois Fiscales**. Thèse de Licence et Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1947. p. 28.

incorporada. Caso haja um acréscimo patrimonial decorrente da operação, o referido aumento integrará a base de cálculo do imposto de renda do acionista no ano base em que a operação foi concretizada, do contrário, o ato será indiferente para a incidência do imposto de renda.

Importante mencionar, também, que eventual ganho de capital, se considerarmos que há, de fato, alienação das ações pelo acionista, deverá ser auferido pela diferença entre o custo de aquisição da ação e o preço de sua alienação.

A incidência do imposto sobre renda no caso ora sob análise estará condicionada, portanto, à ocorrência de acréscimo no patrimônio do contribuinte, bem como se este acréscimo estará disponível e realizado ao fim do período de apuração.

A fim de analisarmos pormenorizadamente a tributação da renda no caso da incorporação de ações, imperioso que se conceitue renda, acréscimo patrimonial e realização da renda, o que faremos nos termos a seguir.

3.1.1 Conceito constitucional e legal de renda tributável

Nos termos do art. 153, III, da Constituição Federal de 1988, compete à União instituir imposto sobre a renda. O conceito de renda, embora não esteja explícito no texto constitucional, pode ser obtido por meio de uma análise sistemática dos princípios constitucionais fundamentais e gerais, das regras de competência e das normas que delimitam a hipótese material de incidência do imposto sobre a renda¹⁰.

Nesse sentido, do conceito de renda presente no texto constitucional depreende a ideia de acréscimo patrimonial. Isto é, renda não pode ser patrimônio, nem capital, nem lucro, nem faturamento. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, tem entendimento consolidado no sentido de que ao se conceituar renda, exige-se a verificação de um acréscimo patrimonial. É ver:

Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. (STF, RE nº 117887, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 11/02/1993).

¹⁰ ÁVILA, HUMBERTO. **Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

A doutrina parte dessa mesma premissa. Ricardo Mariz de Oliveira¹¹ e Humberto Ávila¹², em estudos exclusivamente dedicados ao assunto, concluem pela exigência de que a renda tributável configure acréscimo patrimonial para o contribuinte.

O Código Tributário Nacional (CTN), nos termos da competência outorgada pelo art. 146, III, da Constituição Federal, delimitou o fato gerador e a base de cálculo do imposto sobre a renda. Desse modo, o CTN definiu, em seu art. 43, a renda como sendo rendimento do trabalho ou do capital que gere acréscimo patrimonial em determinado período.

O dispositivo legal em referência compreende, portanto, três requisitos para que se materialize o fato gerador do imposto sobre a renda, quais sejam, (i) a aquisição; (ii) da disponibilidade econômica ou jurídica; (iii) de acréscimo patrimonial decorrente de renda ou proventos de qualquer natureza.

3.1.2 Conceito de acréscimo patrimonial

À vista do exposto no tópico anterior, pode-se dizer que é indispensável que haja acréscimo patrimonial para que se configure o fato gerador do imposto de renda. Assim, acréscimo patrimonial é toda riqueza nova que venha a ser incorporada no patrimônio do contribuinte.

No entanto, importante ressaltar que a mera ocorrência de acréscimo patrimonial, com disponibilidade apenas potencial, não está sujeita à incidência do tributo em questão. A disponibilidade, em conformidade com o que dispõe o Código Tributário Nacional, pressupõe a sua realização. Isto é, a disponibilidade, mais do que potencial (aptidão de dispor, alienar, transferir e gravar a aquisição patrimonial), deve ser incorporada definitivamente ao patrimônio de seu titular, por meio de um ato de vontade, que não pode ser presumido, sob pena de violar o princípio da autonomia da vontade. Não se pode dizer, portanto, que dar determinado bem em garantia por um valor superior ao custo de aquisição seja uma forma de realização, pois a aquisição patrimonial deve ser definitivamente incorporada ao patrimônio de seu titular.

Dessa forma, a disponibilidade do acréscimo patrimonial tributável deverá ser marcada pela realização, cuja caracterização pressupõe a existência de um negócio jurídico. Note-se que a essencialidade da verificação do negócio jurídico está ligada à realização da renda, e não à sua aquisição.

¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 41.

¹² ÁVILA, 2011, p. 37.

3.1.3 Conceito de realização da renda

Na linha do raciocínio introduzido no tópico antecedente, a fim de que a incidência do imposto sobre a renda efetivamente ocorra, deve-se, além da aquisição de acréscimo patrimonial, haver a disponibilidade econômica ou jurídica sobre este acréscimo. Disponibilidade esta que, a nosso entender, pressupõe a sua realização. Como bem assevera Ricardo Mariz de Oliveira:

Neste sentido, a realização da renda confunde-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de provento de qualquer natureza, pois essa aquisição marca o instante a partir do qual há acréscimo patrimonial utilizável, e o imposto pode ser exigido.¹³

A realização da renda, configura, assim, o núcleo da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, na medida em que é a partir do momento em que a renda é realizada que o imposto poderá ser exigido. Ricardo Mariz de Oliveira é preciso:

Realmente, quando se fala em ‘realização da renda’, como conceito que deva ser informador do fato gerador do imposto de renda, se está falando no momento a partir de quando existe renda consumada, que possa ser usada, e, portanto, o momento desde o qual ela pode ser tributada.¹⁴

A realização significa, portanto, que o acréscimo patrimonial se incorporou ao patrimônio do contribuinte de forma definitiva. Repisa-se que a realização, no sentido de efetivação do aumento patrimonial, confunde-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, ou seja, sem a sua ocorrência não há que se falar em fato gerador do imposto de renda.

A renda realizada está ligada, dessa forma, à efetiva incorporação da renda ao patrimônio do contribuinte, em caráter definitivo e sem se submeter a qualquer condição ou evento futuro, isto é, deve-se estar definitivamente adquirida.¹⁵ A incidência do imposto de renda deve estar submetida ao princípio da realização da renda.

Isto posto, pode-se definir realização, então, como a necessária ocorrência de um negócio jurídico de troca no mercado para que a renda possa ser tributável. Antes disso,

¹³ OLIVEIRA, 2014, p. 105.

¹⁴ OLIVEIRA, 2008, p. 373.

¹⁵ OLIVEIRA, 2014.

qualquer ganho seria apenas potencial, portanto, modificável, caracterizando verdadeiro ganho de papel (*paper gain*).

Um exemplo singelo tende a ajudar. Imaginemos uma determinada pessoa que tenha adquirido um lote em uma região inexplorada, nos arredores de uma grande cidade, por uma quantia pequena, compatível com a falta de infraestrutura do lugar. Com o passar dos anos a região passa a receber diversos investimentos, tornando-se procurada por construtoras interessadas em realizar empreendimentos de alto padrão, o que faz subir drasticamente o valor de mercado do imóvel. Nessa situação, em que momento o ganho decorrente da valorização imobiliária pode ser tributado? Na medida em que cresce o valor de mercado do bem ou apenas por ocasião da realização de uma operação de troca no mercado (permuta ou venda, por exemplo)?

Nesse sentido, ressalta-se que a mera disponibilidade potencial (aptidão de dispor, alienar, transferir e gravar a aquisição patrimonial, repisa-se) sobre o acréscimo patrimonial não é apta a ensejar a incidência do imposto sobre a renda. Deve haver, portanto, a real incorporação do acréscimo ao patrimônio do contribuinte, por meio da consumação de algum negócio jurídico de troca no mercado. O princípio da realização da renda decorre de mandamento constitucional, decorrência direta do princípio da capacidade contributiva, como bem adverte Ricardo Mariz de Oliveira:

Todavia, o que impede a incidência neste caso é o conceito de ‘realização’, que não se conforma com a ideia de simples acréscimo ao ativo, requerendo que esse 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.¹⁶

Ante à necessidade de se respeitar o mandamento constitucional da capacidade contributiva, o imposto de renda deve ser pago por meio de riqueza, não bastando a sua mera aparência. Sobre a incidência do imposto de renda, Fernando Aurélio Zilveti explicou que somente se sujeita ao imposto “*aquilo que tiver conteúdo econômico, que, no caso do imposto de renda, representa a sua realização, ou, como também se designa, a sua concretização*”.¹⁷

A respeito da relação entre capacidade contributiva e realização, destaca-se, dessa forma, que o imposto sobre a renda não pode atingir meras manifestações econômicas, conforme leciona Victor Polizelli:

¹⁶ OLIVEIRA, 2008, p. 385.

¹⁷ ZILVETI, Fernando Aurélio. **O Princípio da Realização da Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v.1. p. 297.

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.¹⁸

Sendo assim, sem que a realização da renda seja concretizada, a tributação incidirá sobre uma manifestação apenas econômica de riqueza, o que, por certo, afrontaria a capacidade contributiva.

Ou seja, a tributação não pode ocorrer antes que o processo de obtenção do rendimento tenha sido concluído,¹⁹ eliminando, assim, qualquer incerteza quanto à efetiva existência do ganho. Isso porque, 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 imposto, como bem alerta Edmar Oliveira Andrade Filho²⁰.

Importante mencionar, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar os recursos especiais nº 320455-RJ, em 2001, e nº 640059-CE, em 2004, assentou que o fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial mais a sua respectiva disponibilidade econômica ou jurídica, de forma que a tributação da renda não atinge a mera expectativa de ganho futuro ou potencial. Nesse sentido, a nosso ver, conforme já mencionado, o fato gerador do imposto de renda, contido no art. 43, do CTN, está intrinsecamente ligado à renda realizada, cuja disponibilidade econômica ou jurídica já tenha sido adquirida, concretizada.

Em virtude do princípio da realização da renda, não se pode tributar, portanto, uma simples mais valia de um bem do patrimônio do contribuinte, já que configuraria ganho meramente potencial, ou virtual, como bem demonstra Ricardo Mariz de Oliveira.²¹

A realização da renda é, à vista disso, um princípio essencial à tributação da renda. Segundo Brandão Machado:

Já se fala hoje, correntemente, em princípio da realização, assim como de outros dois, o princípio da renda líquida e o da capacidade contributiva, **como princípios fundamentais da tributação da renda.**²²

¹⁸ POLIZELLI, Víctor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 351.

¹⁹ POLIZELLI, 2012. p. 357.

²⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. São Paulo: Atlas, 10ª Edição, 2013.

²¹ OLIVEIRA, 2014, p. 102.

²² MACHADO, Brandão. **Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN, em Estudos sobre o Imposto de Renda (Em Memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 107.

Ademais, importante mencionar que a necessidade de realização para que os ganhos de capital possam ser tributados tem alcance mundial. A Suprema Corte Norte Americana é pródiga em exemplos de vedação à tributação de ganhos não realizados, podendo ser destacado os famosos precedentes *Eisner v. Macomber*; *Merchant's Loan and Trust Company v. Smetanka*; *Town v. Eisner* etc.²³ As lições de Wolfgang Shön são precisas e seguem linha semelhante²⁴.

Dado os pressupostos colocados no presente capítulo e nos itens antecedentes, passa-se, então, à análise do tratamento tributário dado ao ato jurídico de incorporação de ações, considerando as duas interpretações anteriormente mencionadas do ato.

3.2 Consequência tributária dada à primeira interpretação do ato: mero aumento de capital

Admitindo-se, portanto, que a incorporação de ações, no âmbito do direito societário, não passa de mero aumento do capital social de determinada companhia, entendemos que a subscrição de capital com integralização por meio da conferência de bens, ainda assim, não seria, por si só, apta a ensejar a incidência do imposto de renda. Isso porque, a nosso entender, eventual ganho não estaria realizado.

Primeiramente, faz-se necessário um breve esclarecimento acerca do panorama legislativo aplicável ao caso.

No que tange às pessoas físicas residentes no Brasil, a Lei nº 7.713, em seu art. 3º, § 3º, dispõe acerca da apuração de possível ganho de capital tributável pelo IRPF em todo e qualquer ato que comporte alienação, a qualquer título, de bens e direitos. Ademais, a Lei nº 9.249/95, em seu art. 23²⁵, expressamente institui a incidência do IRPF sobre a mais valia em

²³ BANKMAN, Joseph; SHAVIRO, Daniel N.; STARK, Kirk J. **Federal Income Taxation**. 16th ed. New York. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

²⁴ "In the U.S. tax arena, this quest for certainty has led to major differences between tax and commercial accounting as financial accounting determinations are based on estimates and opinions, while tax accounting determinations are based on closed transactions and identifiable events." [...] "From this point of view, it makes sense not to tax those increases in wealth which are either not yet 'certain' in the hands of the taxpayer or have not been transformed into liquid cash (by sale or another transaction leading to the realization of a profit or gain). The need to protect the taxpayer's assets against the risk of expropriation may guide tax accounting to a more conservative approach than the capital markets requires where investors look for a symmetric picture of the risks and opportunities lying ahead of the business" SCHÖN, Wolfgang. **International Accounting Standards – a "Starting Point" for a Common European Tax Base?** Max Planck Institute, Munich, p. 18-20. Disponível em: <www.eatlp.org/.../International_Accounting_Stan...>. Acesso em: 14 mar. 2015.

²⁵ 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

relação ao custo declarado na declaração de bens da pessoa física, obtida na integralização de capital mediante a transferência de bens e direitos.

No que concerne às pessoas jurídicas residentes no Brasil, o Decreto-lei nº 1.598, em seu art. 31, prevê a possibilidade de incidência do IRPJ sobre ganhos oriundos de alienações de bens do ativo permanente. Ainda, em seu art. 36²⁶, há a previsão de tributação do aumento do valor dos bens incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica na subscrição de capital em bens, exceto se for constituída reserva de reavaliação²⁷.

Na linha da legislação supramencionada, o Superior Tribunal de Justiça começou a reconhecer a possibilidade de aumento patrimonial tributável pelo IR quando da subscrição em bens para a integralização do capital social (e.g REsp 702915-RS, de 28.08.2007, proferido pela Segunda Turma, em caso envolvendo contribuinte pessoa física).

Todavia, no ano de 2008, a Primeira Turma do STJ proferiu, nos autos do REsp 1027799-CE, acórdão reconhecendo a intributabilidade pelo imposto de renda na conferência de ações de uma empresa para a integralização de capital social de outra empresa, ao principal argumento de que a conferência de ações não consistiu efetivo acréscimo patrimonial ao contribuinte, a ensejar a incidência do imposto. A uma porque a participação acionária permaneceu no patrimônio do contribuinte pelo mesmo valor contábil. A duas porque reconheceu que na operação houve mera substituição de participação acionária, sem que isso importasse em disponibilidade imediata de ganhos ao contribuinte.

O referido julgado ainda citou o art. 43, do CTN, ao dizer expressamente que somente ocorrerá a incidência do imposto de renda quando o contribuinte alienasse a sua participação acionária e o valor de mercado fosse superior ao de aquisição. Somente assim o contribuinte efetivamente teria, com tal operação, a disponibilidade econômica ou jurídica de eventual acréscimo patrimonial, ou seja, quando o ganho estivesse, enfim, realizado.

Ressalta-se, dessa forma, que ainda que a incorporação do bem, a título de integralização em aumento de capital social, ao patrimônio da empresa tenha ocorrido por valor superior ao de aquisição, o acréscimo patrimonial seria meramente potencial, eis que ainda não realizado.

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.

²⁶ Art 36 - A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computada na determinação do lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação.

²⁷ OLIVEIRA, 2014.

3.3 Consequência tributária dada à segunda interpretação do ato: ato jurídico típico e distinto do mero aumento de capital

Conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, a incorporação de ações, uma vez concretizada, gera o aumento do capital social da sociedade incorporadora, que será realizado com as ações incorporadas. Com isso, a sociedade incorporadora emitirá novas ações que substituirão, no patrimônio dos acionistas da sociedade que se tornou a subsidiária integral, as suas antigas ações então adquiridas pela incorporadora na operação.

Dessa forma, a teor do art. 252, § 3º, da lei societária, os acionistas da sociedade que se tornou subsidiária integral receberão, diretamente da incorporadora, as ações que lhe couberem. No entanto, a doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto à natureza desta substituição das ações.

Nesse sentido, levando em consideração a interpretação do ato jurídico de incorporação de ações como ato típico, deve-se analisar os efeitos tributários decorrentes da substituição das ações no patrimônio dos acionistas sobre dois aspectos: (i) o da substituição por subrogação legal e real e (ii) substituição por mera troca, com efeito permutativo.

Adianta-se, todavia, que, a nosso ver, ambos os casos não geram a incidência do imposto sobre a renda, na medida em que eventual ganho de capital decorrente da operação será meramente potencial, ou seja, não realizado.

3.3.1 Substituição das ações sob o aspecto da subrogação legal e real

Na visão desta corrente, a “substituição”, à qual se refere a LSA, das ações incorporadas por ações da sociedade incorporadora, que ocorre no patrimônio dos acionistas, de forma passiva, como consequência da criação da subsidiária integral, se dá por subrogação real. A subrogação em questão possui, ainda, natureza legal, na medida em que é uma imposição da própria LSA.

Dessa maneira, o acionista cujas ações foram incorporadas se subroga nos direitos das novas ações emitidas na operação, as quais lhe foram entregues diretamente pela sociedade incorporadora. A subrogação real opera, em uma relação jurídica, por meio da substituição de um bem por outro no patrimônio de determinada pessoa, com a preservação, contudo, da natureza do bem subrogado.

Conforme já mencionado ao longo do trabalho, por não praticarem os acionistas nenhum ato de transferência voluntária, a qualquer título, das ações integrantes de seu

patrimônio, não se pode dizer que os estes alienaram as suas ações. Sendo assim, a substituição de ações não decorre de ato volitivo direto dos acionistas. É, portanto, uma consequência legal derivada da vontade da sociedade de se tornar subsidiária integral de outra, isto é, a substituição de ações consiste em uma etapa necessária para que a incorporação de ações seja concluída.

Nesse sentido, defende-se que a compulsoriedade da substituição das ações operada no patrimônio dos acionistas, por outras de natureza, direitos e obrigações iguais, dá ensejo à caracterização da subrogação real, executada de forma legal. Nos dizeres de De Plácido e Silva “Na sub-rogação real, as coisas substitutas, ficando em lugar das coisas substituídas, tomam a natureza destas, suportando todos os encargos que lhes pesam”²⁸.

Destarte, importante mencionar a lição de José Luiz Bulhões Pedreira:

Os acionistas da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, participam da reunião da Assembleia Geral da companhia no exercício da função de membros desse órgão social. Não praticam ato de disposição das ações como elementos de seus patrimônios e a incorporadora não adquire as ações por efeito de alienação, quer da companhia cujas ações devam ser incorporadas, quer de dos seus acionistas: as ações incorporadas são substituídas por ações da incorporadora por subrogação real – como efeito legal do negócio jurídico societário de incorporação de ações.²⁹

Há quem diga, também, que no ato de incorporação de ações, além de se operar a subrogação real, haveria a subrogação pessoal da companhia incorporadora no lugar da companhia que se tornou subsidiária integral³⁰.

De toda forma, tendo em vista que se opera, no caso, uma situação de continuidade, o efeito no patrimônio do acionista, em termos de acréscimo, é inexistente, já que estamos diante de uma situação de equivalência patrimonial. Nesse sentido, é a opinião de Ricardo Mariz de Oliveira³¹.

Nessa perspectiva, a incorporação de ações não poderia gerar nenhum impacto no patrimônio do acionista, já que a ele são atribuídas novas ações, por meio da subrogação real, representativas do mesmo patrimônio retratado pelas antigas ações incorporadas. Ou seja, as novas ações refletem um patrimônio idêntico, de igual valor. Nas palavras de Nelson Eizirik e Modesto Carvalhosa:

²⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. p. 276.

²⁹ LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 1994.

³⁰ OLIVEIRA, 2014.

³¹ OLIVEIRA, 2014, p. 142.

Dessa forma, na operação de incorporação de ações, não há alteração no patrimônio do acionista cujas ações foram substituídas por novas ações da sociedade incorporadora. Aos acionistas serão atribuídas novas ações cujos valores deverão corresponder exatamente à participação que previamente detinham na sociedade que teve suas ações incorporadas.³²

Eventual objeção a este entendimento e a favor da mutação patrimonial do acionista cujas ações foram substituídas seria a de que as ações recebidas no ato de incorporação de ações podem ter um valor maior do que o custo originário das ações que foram incorporadas. Nesse caso, o valor a maior, decorrente da avaliação efetivada exclusivamente para a concretização do ato de incorporação de ações, seria atribuído aos títulos incorporados, dando-lhes um valor superior ao que custaram para o acionista.

No entanto, ainda assim não configuraria hipótese de incidência do imposto de renda, visto que o valor a maior caracterizaria tão somente um ganho potencial ao acionista. O ato de incorporação de ações não é suficiente para realizar esse eventual ganho, ao passo que a tributação pelo imposto de renda depende da posterior realização deste ganho, por exemplo, por meio de uma futura alienação da ação no mercado, com diferença entre os valores de mercado e o de aquisição.

Ressalta-se, inclusive, que este entendimento foi adotado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ao julgar caso análogo de incorporação de ações³³.

Nos termos do voto do Conselheiro Relator, Newton Mallmann:

Ora, na incorporação de ações, só se realiza ganho de capital quando o proprietário vende as ações. (...) **Não tenho dúvidas, que a tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá em caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho computado pela diferença entre o preço de alienação e o custo originário destas ações.** (...)” (CARF, Processo nº 10680.726772/2011-88, Acórdão nº 2202-002.187, Rel. NEWTON MALLMANN, publicado em 26.02.2013, destaca-se).

3.3.2 Substituição das ações sob o aspecto da troca/permuta

³² CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96.

³³ CARF, Processo nº 10680.726772/2011-88, Acórdão no 2202-002.187, Rel. NEWTON MALLMANN, publicado em 26.02.2013.

Os defensores desta corrente sustentam que a substituição das ações operada na incorporação de ações, por determinação do art. 252, da LSA, gera o mesmo efeito tributário, no que tange à tributação da renda, ao da permuta de bens sem torna. Importante ressaltar que não se defende aqui a identidade dos atos jurídicos em questão, mas sim a similaridade dos efeitos deles decorrentes. Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira:

E é isto que ocorre entre a incorporação de ações e a permuta, a partir da prescrição, expressa na lei, de que as ações incorporadas são substituídas por outras emitidas no ato. Assim, o efeito comum aos dois atos distintos está em que, no ato jurídico de incorporação de ações, as titularidades das ações são transferidas elas por elas, ações incorporadas por ações emitidas em substituição, sem pagamento em dinheiro, tanto quanto na permuta sem torna as propriedades dos bens são transferidas eles por eles, sem pagamento de preço.³⁴

Nessa linha, a fim de demonstrarmos o entendimento adotado por esta corrente, é necessário tecermos breves considerações a respeito do contrato de permuta.

Primeiramente, importante mencionar que, embora se assemelhem em determinados aspectos, a permuta e a compra e venda são negócios jurídicos claramente distintos. A principal característica da permuta é a troca de bens, marcada pela subrogação das partes no direito sobre o bem permutado. Diferentemente da compra e venda, em que uma das partes se obriga a transferir o domínio de certa coisa à outra, por meio de uma contraprestação consistente no pagamento de determinada quantia em dinheiro, na permuta a contrapartida contratual é o direito real para dispor da coisa permutada.

Tendo em vista que a contraprestação no contrato de permuta é justamente o direito real para dispor da coisa e não determinada quantia em dinheiro, não há a necessidade de que os bens permutados tenham valores idênticos. Isso porque, para que o negócio jurídico em questão se perfeça, basta que as partes considerem justo o bem dado em contrapartida, fazendo com que seja irrelevante o fato de os bens possuírem, eventualmente, valores economicamente distintos.

Ressalta-se, assim, que o art. 533, II, do Código Civil, ao preceituar que “é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante”, demonstra que os demais casos de trocas podem ser efetuados perfeitamente com bens de valores desiguais. Sendo assim, não há que se falar em descaracterização do contrato de permuta ante a existência de disparidades entre os valores

³⁴ OLIVEIRA, 2014, p. 90.

contábeis dos bens, conquanto que as partes entendam que o bem dado em troca como contraprestação é justo.

A permuta, portanto, pode envolver bens de naturezas distintas, como destaca Carlos Roberto Gonçalves³⁵. Importante mencionar que o entendimento do CARF é exatamente nesse sentido³⁶.

Ademais, caso as partes contratantes entendam haver disparidade entre os valores dos bens a serem permutados, uma das partes pode complementar, em dinheiro, o valor. Tal complemento é denominado torna e é uma forma de equilibrar o contrato. No entanto, ainda que haja complemento em dinheiro (torna), o contrato não necessariamente deixa de ser permuta, na medida em que os bens permutados continuam sendo os elementos mais importantes do contrato. Orlando Gomes, inclusive, ressalta que “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, completa sua prestação com dinheiro e o complemento é mais valioso”³⁷.

Nessa perspectiva, o CARF já decidiu que não se pode descaracterizar o contrato de permuta quando a prevalência da contraprestação recebida é a coisa, ainda que tenha ocorrido pagamento de torna³⁸.

Ante o narrado, pode-se inferir que no caso das permutas sem torna 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 da permuta.

Sendo assim, ao se comparar os efeitos da permuta no caso da incorporação de ações, deve-se atribuir à ação recebida em permuta o mesmo valor que, no balanço patrimonial da pessoa jurídica, ou na declaração de bens da pessoa física, a ação que fora permutada detinha. Isso porque, o acionista não incorreu em nenhum custo, além do custo de aquisição da ação originária, para ter a ação recebida em permuta. Dessa forma, se o custo permaneceu o mesmo, não há que se falar em acréscimo patrimonial.

Em verdade, na hipótese de operações de caráter meramente permutativo, tal como ocorre na incorporação de ações, não se verifica a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, pois não acarreta para o acionista a realização do valor atribuído à ação. Importante

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.272.

³⁶ CARF, Processo nº 10680.019097/2007-51, Acórdão nº 2102-001.909, Rel. GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS, publicado em 22.05.2012.

³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 300.

³⁸ CARF, Processo no 11516.000095/2004-18, Acórdão no 103-22.974, Rel. ALOYSIO JOSÉ DA SILVA, julgado em 25.04.2007

mencionar, inclusive, o entendimento adotado no Parecer PGFN/PGA n. 970, de 23/09/1991, 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 Desestatização (PND) configura permuta e não se sujeita à apuração do ganho de capital, cuja incidência ocorrerá apenas por ocasião da alienação das ações.

Referido entendimento foi referendado pelo Parecer PGFN/PGA n. 454, aprovado por despacho do Ministro da Fazenda em 08.05.1992, e que se tornou obrigatório e vinculante para a Receita Federal Brasileira (RFB) e seus funcionários, conforme dispõe a Lei Complementar n. 73, de 1993.

Percebe-se, portanto, que a incorporação de ações é um ato jurídico cujos efeitos em muito se assemelham aos de uma permuta, mesmo sendo um ato jurídico típico e diverso. Nesse sentido, destaca-se que a conferência do tratamento jurídico da permuta a hipóteses em que o negócio jurídico celebrado foi diverso não é nova, e já foi objeto de análise pelo Poder Judiciário no julgamento do REsp nº 668378-ES.

Assevera-se que, quando muito, ocorrerá para o acionista um acréscimo patrimonial meramente potencial, que será realizado tão somente quando as ações recebidas na substituição forem alienadas por um valor maior do que o custo das ações originárias que foram incorporadas. O que se tributa não é qualquer manifestação econômica de riqueza, mas apenas aquelas representativas de um acréscimo patrimonial adquirido e realizado, ou, nos termos do art. 43, do CTN, o ganho cuja disponibilidade econômica ou jurídica tenha sido adquirida. Isto é, a capacidade para pagar o imposto de renda deve ser subtraída da própria renda tributável, conforme já mencionado ao longo do trabalho. Não é outro o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira³⁹.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, a partir da metodologia dedutiva, demonstrar a não incidência do imposto sobre a renda nas operações de incorporação de ações, independentemente da interpretação dada ao ato jurídico, seja como mero aumento de capital social ou como ato jurídico típico.

Caso se entenda que a incorporação de ações não passe de um simples aumento de capital social, ainda assim não haveria ganho de capital tributável. Isso porque, a subscrição

³⁹ OLIVEIRA, 2014, p. 115.

de capital em bens (ações), a título de integralização em aumento de capital social, não é capaz de gerar ganho de capital passível de ser tributado pelo imposto de renda. Ainda que a integralização da ação tenha ocorrido por valor superior ao de aquisição, o acréscimo patrimonial seria meramente potencial, eis que ainda não realizado por meio da celebração de um novo negócio jurídico, de uma alienação, por exemplo.

No entanto, o presente trabalho defendeu o entendimento de que o ato jurídico de incorporação de ações é um ato típico e que o aumento de capital social decorre de uma imposição legal da própria LSA. Assim, este aumento configura mero meio para a transformação de uma companhia em subsidiária integral de outra. Dessa forma, como ato jurídico típico, a incorporação de ações não gera mutação patrimonial para os acionistas envolvidos na operação, na medida em que se opera, por imposição legal, a mera substituição das ações por ações da companhia incorporadora, substituição esta compreendida como sendo uma subrogação real, ou como tendo efeito permutativo, de troca.

Nesse sentido, demonstrou-se que a mera substituição de ações não tem o condão de gerar ganho de capital tributável no patrimônio dos acionistas envolvidos na operação, já que se trata de uma mera troca de um título acionário por outro, que não pode ter outro custo além do custo de aquisição das ações incorporadas, na medida em que os acionistas não arcam com quaisquer novos custos para serem titulares das novas ações. Destarte, não há que se falar em ganho tributável, ao passo que ainda que a ação recebida na substituição tenha valor maior que o de aquisição da ação originária, o ganho em questão é meramente potencial.

Nessa perspectiva, para que um ganho potencial seja passível de tributação pelo imposto de renda, este deve ser realizado, ou seja, o ganho deve estar efetivamente auferido e incorporado no patrimônio do contribuinte. Ademais, restou demonstrado que a intributabilidade da operação de incorporação de ações, por inexistência de renda realizada, decorre do princípio constitucional da capacidade contributiva. Este princípio, no que concerne ao imposto de renda, está contemplado na definição do seu próprio fato gerador, previsto no art. 43, do CTN, uma vez que apenas se deve tributar o acréscimo patrimonial adquirido, com disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, a renda realizada.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas**. São Paulo: Atlas, 10ª Edição, 2013.
- ÁVILA, HUMBERTO. **Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BANKMAN, Joseph; SHAVIRO, Daniel N.; STARK, Kirk J. **Federal Income Taxation**. 16th ed. New York. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.
- BENSHALOM, Ilan; STEAD, Kendra. **Realization and Progressivity**. Columbia Law Journal of Tax Law. Vol. 3:43, 2011.
- BROWN, Fred B. **“Complete” Accrual Taxation**. San Diego Law Review, Vol. 33: 1559, 1996.
- CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- EIZIRIK, Nelson. **Temas de Direito Societário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FONSECA, Fernando Daniel de Moura. **Normas Tributárias e a Convergência das Regras Contábeis Internacionais**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KORNHAUSER, Marjorie E. **The Story of Macomber: The Continuing Legacy of Realization**. Tax Stories: an in-Depth Look At Ten Leading Federal Income Tax Cases, Foundation Press, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=316483>.
- LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MACHADO, Brandão. **Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN, em Estudos sobre o Imposto de Renda (Em Memória de Henry Tilbery)**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MILLER, David S. **A Progressive System of Mark-To-Market Taxation**. Tax Notes, outubro de 2008.
- MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Daniel de Moura. Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização e Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. Estudo de Caso. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 238, p. 31. 2015.

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

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SCHÖN, Wolfgang. **International Accounting Standards – a “Starting Point” for a Common European Tax Base?** Max Planck Institute, Munich, p. 18-20. Disponível em: <www.eatlp.org/.../International_Accounting_Stan...>. Acesso em: 14 mar. 2016.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 2.1.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **O Princípio da Realização da Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v.1.