



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO

IGOR VITOR LAGES SANTOS

O IMPOSTO DE RENDA NA MUTAÇÃO PATRIMONIAL RESULTANTE DA
INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a): Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha

Membro 2: MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque

Membro 3: MSc. Alexandre de Oliveira Netto

Manaus, 26 de Dezembro de 2017.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

IGOR VITOR LAGES SANTOS

O IMPOSTO DE RENDA E A MUTAÇÃO PATRIMONIAL RESULTANTE
DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Manaus
2017

IGOR VITOR LAGES SANTOS

O IMPOSTO DE RENDA E A MUTAÇÃO PATRIMONIAL RESULTANTE
DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas como requisito para a obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Victor Vieira Da Rocha, M.Sc.

Manaus
2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a). Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

L174i Lages Santos, Igor Vitor
O Imposto de Renda e a mutação patrimonial resultante da Incorporação de Ações / Igor Vitor Lages Santos. Manaus: [s.n], 2017. 59 f.: il.; 30 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017. Inclui bibliografia
Orientador: Vieira da Rocha, Paulo Victor

1. Imposto de Renda. 2. Incorporação de Ações. 3. Sub-rogação Real. 4. Alienação. 5. Ganho de Capital. I. Vieira da Rocha, Paulo Victor (Orient.). II. Universidade do Estado do Amazonas. III. O Imposto de Renda e a mutação patrimonial resultante da Incorporação de Ações

*Dedico este trabalho aos meus pais José
Nivaldo Santos Sousa e Maria de Nazaré
Lages Santos*

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grato ao Deus Eterno, único criador de todas as coisas, pelo dom da vida, dado de graça através da morte de seu filho unigênito, Jesus Cristo.

Agradeço ao meu pai e à minha mãe, por todo o esforço feito para me criar, me ensinando dia após dia que a vida é simples, mas não fácil, me proporcionando os melhores exemplos de conduta frente a qualquer situação.

Agradeço aos meus três irmãos, por terem sido ótimos companheiros de jornada, em todos os momentos que pudemos compartilhar experiências, tenham elas sido boas ou ruins, cooperaram para o nosso crescimento e amadurecimento. Agradeço a eles também pelos maravilhosos momentos que sempre compartilhamos apreciando boa música.

Agradeço a todos os amigos, os de perto e os de longe, pois, por causa deles, carrego um pedaço de felicidade a mais na minha bagagem.

Por fim, minha maior gratidão nessa terra eu expresso na direção da minha esposa maravilhosa e do meu filho lindo. À minha esposa pela beleza de seu apoio incondicional, amando-me muito além das palavras, e ao meu filho por ser a joia preciosa dos meus dias, motivo de constante alegria.

RESUMO

A incidência do Imposto de Renda sobre o possível ganho de capital decorrente da operação de Incorporação de Ações tem sido objeto de muita controvérsia no direito tributário brasileiro. O presente trabalho parte de uma análise do conceito de renda, bem como do delineamento da hipótese de incidência do Imposto de Renda, para chegar à demonstração de que a mutação patrimonial sofrida pelos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas se assemelha muito mais a uma sub-rogação real legal, do que a qualquer espécie de alienação de ações. Para atingir tal conclusão, é feita uma análise dos conceitos de alienação e sub-rogação, seguida de uma descrição minuciosa do procedimento e dos efeitos da incorporação de ações para, então, verificar a semelhança entre os conceitos de alienação e sub-rogação e os efeitos no patrimônio dos acionistas da companhia que tem a totalidade de suas ações incorporada por outra companhia.

Palavras-chave: Renda. Imposto de Renda. Incorporação de Ações. Sub-rogação Real. Alienação. Ganho de Capital. Hipótese de Incidência Tributária.

ABSTRACT

The incidence of income tax over the possible capital gain resulting from the incorporation of shares operation has been the subject of much controversy in tax Law in Brazil. This work departs from an analysis of the concept of income, as well as the delineation of the incidence of income tax, to get to the demonstration that the assets mutation suffered by the shareholders of the company whose shares were incorporated resembles more a subrogation of property, than any kind of sale of shares. To reach such a conclusion, an analysis of the concepts of alienation and subrogation is made, followed by a detailed description of the procedure and the effects of the incorporation of shares, and then the similarity between the concepts of alienation and subrogation is compared to the effects on the assets of the shareholders of the company that has all of its shares acquired by another company.

Key-Words: Income. Income Tax. Incorporation of Shares. Subrogation of Property. Disposal. Capital Gain. Hypothetical Tax Incidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DELINEAMENTO DA HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA	11
1.1. ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE RENDA.....	11
1.1.1. O conceito de renda na perspectiva do consumo	12
1.1.2. O conceito de renda na perspectiva da produção	14
1.1.3. O conceito de renda na perspectiva da distribuição	16
1.1.4. O conceito de renda na perspectiva da Constituição de 1988 e no CTN	17
1.1.5. Considerações preliminares acerca da hipótese tributária do imposto de renda e sua relação com os conceitos legais de renda	18
1.2. A COMPETÊNCIA DO ESTADO E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR APLICÁVEIS AO IR.....	21
1.2.1. A competência tributária do Estado	21
1.2.2. As limitações constitucionais ao poder de tributar	22
1.3. A HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO DE RENDA E SUA POSSÍVEL RELAÇÃO COM A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	26
2. O CONCEITO DE ALIENAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A GERAÇÃO DE RENDA TRIBUTÁVEL.....	28
2.1. BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE ALIENAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	29
2.2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RELAÇÃO ENTRE ALIENAÇÃO E O GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL POR IR	30
2.3. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE ALIENAÇÃO DE AÇÕES E SUBSTITUIÇÃO OU SUB-ROGAÇÃO DE AÇÕES.....	34
3. ASPECTOS GERAIS E ENQUADRAMENTOS POSSÍVEIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES NO DIREITO PÁTRIO	36
3.1. ASPECTOS GERAIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES Erro! Indicador não definido.	
3.2. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	39
3.3. OS EFEITOS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	41
3.4. VISÃO SISTEMÁTICA DO PROCEDIMENTO E EFEITOS.....	43
3.5. POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO ALIENAÇÃO	46
3.6. ENQUADRAMENTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO SUBSTITUIÇÃO OU SUB-ROGAÇÃO REAL.....	47
4. A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA E O CONSEQUENTE AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NO RESULTADO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	50
4.1. ASPECTOS GERAIS DA HIPÓTESE REVELADA PELO ANTECEDENTE DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.....	50
4.2. A NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NA MUTAÇÃO	

	PATRIMONIAL RESULTANTE DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES POR SER SUB-ROGAÇÃO REAL.....	53
4.3.	O PROBLEMA REMANESCENTE DA SEMELHANÇA NUCLEAR ENTRE OS RESULTADOS PATRIMONIAIS DA PERMUTA E DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	54
	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A incorporação de ações é uma operação prevista no art. 252 da Lei 6.404 de 1976. Nesta operação ocorre a celebração de um contrato entre sociedades, através da qual é transferida a totalidade das ações de uma companhia, cujas ações são incorporadas, para outra companhia, a incorporadora.

Como resultado dessa incorporação de ações de uma companhia no capital de outra, ocorre a subscrição e integralização, em ações, de aumento do capital da incorporadora, enquanto a incorporada, ao invés de perder sua personalidade jurídica como na incorporação societária, passa a ser subsidiária integral da incorporadora, ou seja, passa a ser completamente controlada por ela.

A relevância tributária desse assunto está centrada no que ocorre dentro da perspectiva patrimonial dos acionistas da companhia que teve suas ações incorporadas, pois esses veem suas ações serem entregues, pela companhia que se tornará subsidiária integral, à companhia incorporadora das ações, essa companhia incorporadora, por sua vez, emite novas ações, considerando a relação de proporcionalidade entre o novo capital subscrito e o total que se formou como resultado da incorporação, ou seja, quanto desse novo total é referente ao capital subscrito. Assim, são emitidas novas ações que são repartidas entre os acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas de acordo com a proporção da repartição das ações em momento anterior à incorporação.

Depois da realização de todos esses procedimentos, caso as ações recebidas possuam valor superior ao das incorporadas, cabe o questionamento a respeito de ser a diferença positiva entre o valor dessas ações, as entregues e as incorporadas, capaz de enquadrar-se como ganho de capital proveniente de alienação. Pois se este for o caso, então esse evento será considerado fato gerador concreto da relação jurídico-tributária.

Neste trabalho, busca-se apresentar uma análise geral dos fundamentos desse problema, na tentativa de tornar mais claro o entendimento sobre o que pode e o que não pode ser considerado como alienação para verificação de ganho de capital. Também serão expostas características da mutação patrimonial ocorrida como resultado da incorporação de ações, que a podem tornar muito mais semelhante a uma sub-rogação real legal, do que a uma alienação.

Isso pode resultar no afastamento da incidência tributária do Imposto de renda, por motivo de não constituição de relação entre descrição do fato jurídico da incorporação de ações e a hipótese tributária desse imposto descrita na sua regra matriz.

Para o objetivo a que se presta este trabalho, parte-se da premissa, segundo entendimento formulado por Paulo de Barros Carvalho, de que para existir uma relação jurídico-tributária é necessário que haja alinhamento entre a linguagem descritiva de um fato jurídico e a linguagem descritiva da hipótese de incidência tributária que se pode extrair da regra matriz, neste trabalho serão observados, mais especificamente, os critérios material, temporal e espacial da hipótese retirada do antecedente da regra matriz de incidência tributária.

Assim é possível notar que, sem existir a identidade necessária entre uma e outra descrição, não se pode falar em incidência tributária, sob pena de incorrer em violação ao princípio constitucional de vedação ao confisco.

Outra premissa importante é a referente à análise dos conceitos de alienação e de sub-rogação, como sendo conceitos jurídico-positivos e não lógico-formais, de acordo com a distinção explicada por Humberto Ávila, em seu livro de Estudos e Pareceres sobre Contribuições e Imposto sobre a Renda. Sendo que os conceitos lógico-formais são aqueles que têm as mesmas propriedades em qualquer ordenamento jurídico, já os jurídico-positivos são aqueles que seus contornos condicionados ao modo como são estabelecidos no direito positivo (2015 p. 285), e que por isso servem de premissa à análise dos conceitos de alienação e sub-rogação neste trabalho.

Cabe salientar também que, dentre vários conceitos de renda a serem analisados neste trabalho, não será abordado o conceito legalista de renda, com base no entendimento de que tal conceito não sustenta uma lógica adequada à análise científica, justamente por conceder ao legislador total discricionariedade para estabelecer o que vem a ser renda, podendo chegar-se ao extremo de desconsiderar a realidade econômica dos fatos para construção de tal conceito.

1. DELINEAMENTO DA HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA

1.1. ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE RENDA

A construção do conceito de renda é um fenômeno tanto histórico quanto científico, pois é produto da razão humana que, em um processo de estruturação prolongado, desenrolou-se sobre a linha temporal e perseguiu o movimento de consciência iniciado pelos estudos de vários agentes para proporcionar acesso ao conhecimento acumulado até o ponto que servirá de referencial para este trabalho.

Assim, compreendendo a necessidade de abordar os conceitos que histórica e cientificamente foram mais frequentemente discutidos e mais amplamente difundidos até hoje, far-se-á uso, neste trabalho, das classificações adotadas por Victor Borges Polizelli (2012), em sua obra sobre o princípio da realização da renda, para a construção de um conceito de renda, e assim colocar o foco em uma abordagem didática que ofereça ao leitor uma visão fundamental e organizada do conceito de renda.

Apesar de a escolha didática deste trabalho ter sido feita com a opção pelo uso da organização dos conceitos de renda apresentada na obra de Polizelli (2012), cabe acrescentar que a descrição dos conceitos de renda abordados na referida obra também aparece em trabalhos de outros autores, tais como, Schoueri, em seu artigo sobre o conceito de renda e o art. 43 do CTN (2001), assim como em seu artigo sobre lucro real (2010), Joachim Lang em sua contribuição para a obra "The Notion of Income from Capital" (2005 pp. 8-21), Aliomar Baleeiro, na obra Direito Tributário brasileiro (2015 pp. 390-399), bem como Hugo de Brito Machado em seu Curso de Direito Tributário (2012, pp. 320-325).

Em continuidade à linha de pensamento iniciada acima os conceitos serão, inicialmente, agrupados em quatro grandes categorias que oferecem uma macrovisão do fenômeno, sendo eles, o conceito de renda na perspectiva do consumo, o conceito de renda na perspectiva da produção, o conceito de renda na perspectiva da distribuição e, finalmente, o conceito de renda extraído do ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.1. O conceito de renda na perspectiva do consumo

Em primeiro lugar, cabe mencionar que para esta conceituação de renda, toma-se em relação de igualdade o valor disponível a uma pessoa e gasto por ela no consumo de bens e serviços que possibilitem bem-estar e satisfação, esse consumo se contrapõe, nessa relação, pela própria denominação do termo renda, ou seja, para este conceito a renda é igual ao valor despendido pelo contribuinte para aquisição de bens e serviços relacionados ao seu bem-estar, e é exatamente este valor que servirá de base para o cálculo do valor do tributo, Polizelli (2012, pp. 68-73).

Para uma melhor compreensão do conceito de renda visto como consumo é necessário ter em mente dois aspectos principais, sendo o primeiro deles o método de verificação do valor correspondente à renda, e o segundo o momento que serve de paradigma para esta verificação.

Esse pensamento foi mais substancialmente desenvolvido por William D. Andrews em um artigo intitulado “*A Consumption Type or Cash Flow Personal Income Tax*” publicado no ano de 1974 na *Harvard Law Review*. Neste texto o autor traz a noção de que uma tributação mais idealmente ajustada sobre a renda seria voltada para o consumo, pois assim evitaria uma carga excessiva sobre outras partes de patrimônio não efetivamente investidas para o aumento do bem-estar e da satisfação do indivíduo. Sendo que a metodologia aplicada para a verificação objetiva desse valor (que seria considerado para formação da base de cálculo do tributo) seria o fluxo de caixa, que nada mais é do que a contabilização de todos os movimentos de entrada e saída de um patrimônio em um período de tempo determinado, seja ele diário, semanal, mensal, semestral, anual, etc., William D. Andrews, *Harvard Law Review* (1974, pp. 1113-1188).

Nesse caso, para verificação da renda tributável seria necessário olhar inicialmente para todas as entradas e saídas do patrimônio no período desejado, devendo todas as entradas ser consideradas como base inicial para o cálculo do tributo para posteriormente realizar a dedução que quaisquer saídas não efetivadas para fins de consumo, ou seja, tudo aquilo que fosse reinvestido ou guardado estaria excluído da base tributável.

Essa seria uma maneira de alcançar de forma objetiva uma quantificação

para os valores despendidos com a finalidade de aumentar a satisfação e o bem-estar do indivíduo, assim, chega-se à compreensão do que seriam aqueles aspectos principais anteriormente mencionados, primeiramente no que diz respeito ao método de verificação, que seria o fluxo de caixa ou “*cash flow method*”, e em segundo lugar o momento que será o foco dessa verificação, ou seja, o momento das saídas relacionadas ao bem-estar, assim quanto maior for o vulto das saídas de recursos de uma pessoa para seu conforto, melhoria de padrão e satisfação, maior será a base de cálculo do tributo.

Um outro aspecto bastante marcante dessa conceituação de renda é a exclusão, da base tributável, daqueles valores que foram adquiridos porém não se tornaram renda consumida mas foram poupados ou reinvestidos, para essa perspectiva de renda como consumo esses valores não sofrem intervenção tributária até o momento em que se efetivarem como consumo. Por isso, para Victor Polizelli (2012 pp. 72-73):

(...) seria inapropriado tributar uma pessoa antes do momento em que ela saque seus recursos para fins de consumo pessoal. O fato de se deixar a renda poupada incólume de tributação pode ser caracterizado como desejável socialmente, pois, com isso, sobram recursos na economia e o capital assim fornecido vai aumentar ambas: a produção futura e a produtividade futura dos trabalhadores.

No Brasil, a discussão sobre essa concepção de renda como consumo não chegou a atingir grande relevância uma vez que ficaram consolidadas no ordenamento jurídico nacional as noções de renda-produto e renda-acrécimo, trazidas pelo código tributário nacional, e que serão tratadas com maior atenção em seguida. Contudo, é importante fazer menção a esse conceito de renda como consumo em virtude da profundidade da discussão internacional, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito da formação de um conceito de renda que fosse capaz de dar mais amplitude aos efeitos de princípios como o da igualdade e, sobretudo, o da capacidade contributiva.

A inclusão da análise deste conceito de renda como consumo serve ao propósito, escolhido para este trabalho, de proporcionar ao leitor uma visão com amplitude global acerca da construção histórica do conceito de renda, fazendo com que, posteriormente, o entendimento dos conceitos utilizados no CTN seja compreendido com delineamento mais específico.

1.1.2. O conceito de renda na perspectiva da produção

Dentro dessa perspectiva da renda como produção estão os dois mais estudados, discutidos e difundidos conceitos de renda, o conceito de renda produto e o conceito de renda acréscimo. Contudo, antes de iniciar a explanação dos referidos conceitos, cabe mencionar que eles são considerados como representantes da perspectiva da produção justamente por possuírem íntima conexão com os fatores produtivos mais conhecidos, quais sejam, o trabalho, o capital e a terra ou outros recursos naturalmente dotados de capacidade produtiva. Uma vez sinalizada a existência dessa relação torna-se de algum modo mais compreensível a descrição dos conceitos a seguir.

O conceito de renda como produto, também chamado de renda-fruto, provém da teoria das fontes, segundo a qual é considerado renda tudo aquilo que for fruto, seja do trabalho, seja do capital, como fontes permanentes, sem que haja confusão entre uma coisa e outra, pois apenas se considera renda o fruto que resulta da fonte e não a fonte em si. Para dar um pouco mais de clareza à explicação do conceito faz-se uso das palavras de Joachim Lang (2005) em sua contribuição para o livro intitulado “*The Notion of Income from Capital*”, onde afirma o seguinte:

Source theories only cover the income from the source, not the source itself, that is to exclude capital gains and losses as the result of the source sale: the income derived from selling the fruit is taxable; the capital gain derived from selling the fruit garden is not taxable.

Além do aspecto marcante, mencionado por Lang, de esse conceito de renda não abarcar os ganhos provenientes da venda da fonte, mas somente dos frutos, existe ainda um outro aspecto que sujeitou esse conceito a severas críticas, conforme ressaltado por Schoueri em seu artigo sobre o conceito de renda, uma vez que também não se encaixariam nesse conceito de renda fruto, os acréscimos ao patrimônio advindos de ganhos eventuais como loterias e outros jogos, por exemplo. Justamente por não serem tais ganhos frutos de nenhuma árvore, de outro modo, podendo ser considerados como árvores novas plantadas dentro do jardim.

O outro conceito de renda que se encaixa na perspectiva da produção é o conceito de renda como acréscimo patrimonial, desenvolvido a partir dos estudos de Georg von Schanz (no fim da década de 1890), Robert Murray Haig (1921) e Henry

Simons (1938), formando o modelo de renda conhecido como Schanz-Haig-Simons.

Para alcançar um entendimento mais claro sobre esse conceito é necessário manter o foco da observação em duas características bastante relevantes, sendo elas o tempo e os movimentos do patrimônio, em primeiro lugar, para o conceito de renda como acréscimo patrimonial líquido, "*net accretion theory*", é necessário considerar a capacidade de consumo de alguém em um determinado ponto no tempo, e o acúmulo líquido de riqueza entre este primeiro ponto e um outro ponto posterior, em resumo, consideram-se dois pontos no tempo e a riqueza acumulada entre eles, em segundo lugar as espécies de movimentações ou alterações patrimoniais que serão levadas em consideração para a consolidação da renda no período escolhido serão o acréscimo de riqueza líquida e a renda imputada (do lado das entradas), mais os gastos considerados como de consumo (do lado das saídas), assim, os gastos considerados necessários à aquisição ou manutenção da renda, por sua vez, são dedutíveis e não contabilizados para a determinação da base tributável nesse caso, a descrição desses conceitos pode ser encontrada na obra de Polizelli (2012 pp. 78-81).

Assim, observa-se a riqueza de uma pessoa, primeiramente considerando o montante já existente naquele ponto do tempo que será escolhido para o início da observação, para, em seguida, verificar as movimentações patrimoniais ocorridas até um outro ponto posterior.

Esse momento posterior será o fim do recorte temporal para verificação da renda, onde serão constatados os ganhos provenientes do esforço pessoal, o ganho provenientes de outros ativos (ganho de capital), e ainda, um tipo de ganho cuja utilização é bastante limitada nos sistemas tributários do ocidente, que é o da renda imputada.

Essa última espécie de renda se manifesta muito mais como disponibilidade do que como ganho propriamente dito. Isso se deve ao fato de que a existência de uma renda imputada depende da verificação de disponibilidade de valores para consumo como consequência do gozo de uma propriedade por seu próprio dono. Um dos escassos exemplos da utilização deste tipo de renda como base para tributação é o caso da Suíça, conforme citado por Joachim Lang (2005 p. 20), na obra intitulada "*The Notion of Income from Capital*", onde é tributado o valor calculado como disponível em virtude do gozo de uma propriedade imobiliária própria.

Contudo, não se pode deixar de observar um outro aspecto bastante relevante, pontuado por Lang, em relação à teoria do acúmulo líquido, ou “*net accretion theory*”, que é justamente o fato de essa teoria se referir a todos os tipos de benefícios econômicos localizados no patrimônio de alguém e, portanto, ao poder de consumir, em outras palavras, capacidade de consumo, de modo que essa teoria, acaba por refletir, em semelhança com o método de fluxo de caixa “*cash flow method*” a eficiência do consumo em um ambiente de recursos limitados.

Por fim, cabe retomar o raciocínio base da análise do conceito de renda como acréscimo patrimonial (sistema SHS) para sintetizar o entendimento de que tal perspectiva de conceituação de renda, leva em conta o patrimônio previamente existente, somando-o ao acréscimo líquido, considerando também os valores ganhos e consumidos, isso tudo dentro de um recorte temporal específico, levará até a composição da base de incidência tributária.

1.1.3. O conceito de renda na perspectiva da distribuição

Há ainda, conforme a didática de organização conceitual aqui escolhida, abordada no livro de Victor Borges Polizelli (2012 pp. 81-82) sobre o princípio da realização da renda, uma outra perspectiva de conceituação da renda, que é de renda considerada de acordo com sua distribuição, que, em virtude de sua pouca influência para formação de uma renda tributável, será aqui brevemente abordada.

Para este conceito de renda, é aplicado um olhar sobre a renda de uma determinada nação, considerando todas as remunerações pagas aos fatores de produção em um intervalo de tempo, de modo que, essa movimentação de valores poderá ser vista sob dois prismas diferentes, o da renda nacional e o da renda individual.

O conceito de renda nacional é o que abrange esse resultado líquido da quantidade de riqueza, que foi movimentada a título de remuneração dos fatores produtivos, em um determinado período de tempo, já o conceito de renda individual, considera apenas uma ótica diferente do mesmo fenômeno, assim, enquanto a renda nacional é o acumulado líquido das remunerações aos fatores de produção, a renda individual é a porção dessa remuneração que coube a cada indivíduo, sendo alegoricamente comparável à distribuição das fatias (renda individual) de uma pizza

(renda nacional) entre as pessoas de um país.

1.1.4. O conceito de renda na Constituição de 1988 e no CTN

Antes de iniciar a análise da existência de uma conceituação do termo renda na Constituição brasileira de 1988, é de notável relevância ter em mente que, apesar de o termo renda, no singular, ou rendas, no plural, aparecer 24 vezes, no total, dentro do texto constitucional, a abordagem deste trabalho se restringirá àquela única vez em que o termo aparece com referência à instituição do tributo para o qual ela servirá de base de cálculo, que é no inciso III do art. 153, cuja redação dá à União a competência de instituir um imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Uma vez delimitado o foco da análise, cabe salientar que a CF/88 não se manifesta de forma específica na direção de uma conceituação do termo renda, ficando, qualquer tentativa de extração do conceito constitucional de renda, restrita a ser produzida a partir de um olhar sistêmico sobre a norma constitucional, observando quais foram as escolhas feitas pelos constituintes. Uma vez que eles não optaram por uma conceituação direta de renda, deve-se procurar, então, o tratamento que foi dado àqueles assuntos que tangenciam o conceito de renda com tamanho atrito, que dão delineamento a alguns limites capazes de nortear uma boa compreensão, apesar de indireta, de um conceito constitucional de renda, tornando claro, portanto, que a atividade da administração tributária não pode, quando estiver cuidando do recolhimento do imposto sobre a renda, invadir qualquer outra parte do patrimônio que seja constitucionalmente identificada como objeto de tributo diverso, produzindo, assim, uma espécie de conceituação por exclusão. Tal entendimento é corroborado por diversos autores, dentre os quais, José Artur Lima Gonçalves, Bulhões Pedreira e Roberto Quiroga são destacados na exposição feita por Victor Polizelli (2012 pp. 134-136).

Além desse olhar, como foi exposto acima sobre a possibilidade de extração de um conceito de renda da constituição, existe ainda outra visão conforme as palavras de Polizelli (2012 pp. 132-134) apoiado nas lições de Humberto Ávila, essa visão diz respeito ao acolhimento do CTN pela CF/88, como forma de confirmação constitucional do conceito expresso no dispositivo legal pré-constitucional, cujo texto

dispõe o seguinte:

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

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

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

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Verifica-se, a partir da leitura do dispositivo legal, que a escolha do legislador brasileiro foi pela adoção dos conceitos de renda como fruto (inc. I) e como acréscimo patrimonial (inc. II). Sendo o segundo de maior abrangência, justamente por poder abarcar dentro de si o sentido da conceituação como produto, pois esse produto também representará acréscimo patrimonial.

De modo que o raciocínio seja no sentido de poder haver acréscimo patrimonial que não seja produto de uma fonte, mas não haver fruto que não represente acréscimo patrimonial.

1.1.5. Considerações preliminares acerca da hipótese tributária do Imposto de Renda e sua relação com os conceitos legais de renda

Neste ponto, antes de buscar uma compreensão mais minuciosa do conceito de renda detalhado no inciso I, chama-se a atenção para o aspecto de fluidez do texto legal, uma vez que, apesar de organizado separadamente em caput e incisos, tal separação não possui o objetivo de segregação do texto ou de sua interpretação, quando apenas, de acordo com a técnica legislativa empregada, visa a proporcionar a possibilidade uma complementação plural, através dos dois incisos, de um núcleo textual singular, expresso no caput, evitando assim, tornar repetitiva a leitura do dispositivo legal dando o mesmo início de texto, para dois finais diferentes.

Levando em consideração esse aspecto do texto, torna-se possível enxergar

como a leitura da linguagem que serve de invólucro ao conteúdo normativo da hipótese tributária carrega o leitor para uma visão mais integralizada sobre o fenômeno, trazendo maior entendimento sobre como se desenham os desdobramentos da hipótese do imposto de renda apenas com a organização dos termos para atingir certo grau de precisão interpretativa, para então analisar o texto reconstruído em pequenos núcleos de sentido, com base nessa fluidez.

Antes, entretanto, de passar a essa reconstrução (que será retomada no terceiro item deste primeiro capítulo), analisa-se o dispositivo tal como ele se apresenta, para trazer a compreensão inicial sobre o todo. A começar pelo caput, o texto do art. 43 do CTN diz que o fato gerador (ou mais precisamente a hipótese de incidência) do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos, como será visto adiante.

A respeito do que significa adquirir disponibilidade econômica ou jurídica de renda, traz-se a lição de Hugo de Brito Machado (2013) que, em seu Curso de Direito Tributário, propõe o seguinte:

Referindo-se o Código Tributário Nacional à aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, quer dizer que a renda ou os proventos podem ser os que foram *pagos* ou simplesmente *creditados*. A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples crédito desse valor, do qual o contribuinte passa juridicamente a dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos.

Para uma adequada compreensão do sentido da expressão "disponibilidade jurídica", todavia, deve ser esclarecido que o *crédito* capaz de configurar essa disponibilidade é somente aquele que esteja efetivamente à disposição do contribuinte, vale dizer, o crédito do qual este possa lançar mão sem qualquer obstáculo, de fato ou de direito. Para que se considere consumado o fato gerador do imposto de renda é necessário que exista a efetiva disponibilidade da renda ou proventos.

Na busca por um entendimento ainda mais esclarecido sobre o tema da disponibilidade, destaca-se que, conforme o extrato textual acima, as noções de disponibilidade econômica e de disponibilidade jurídica que servem de referencial para o presente trabalho são justamente aquelas que consideram a utilização dos métodos contábeis de regime de competência e regime de caixa, referentes, respectivamente à disponibilidade jurídica e à econômica, conforme exposto na obra de Victor Polizelli (2012 pp. 177-185). De modo que se encaixam na hipótese tributária do imposto de renda tanto a aquisição de disponibilidade econômica, mensurada pelo regime de caixa, quanto a aquisição de disponibilidade jurídica,

mensurada pelo regime de competência.

Antes, porém, do termo disponibilidade, o dispositivo traz o termo aquisição que, para autores como Mariz de Oliveira (2014 p. 101), possui íntima conexão com a possibilidade de ser efetivamente verificável a existência do influxo disponível ao patrimônio do contribuinte.

Embasado nessa construção conceitual pode-se afirmar, portanto, que a aquisição de disponibilidade econômica, por exemplo, seria a entrada, efetivamente verificável através do regime de caixa, de um valor de acréscimo ao patrimônio do contribuinte, e a disponibilidade jurídica, por sua vez, a entrada, efetivamente verificável pelo regime de competência, de um acréscimo ao patrimônio do contribuinte.

Essa ideia de acréscimo patrimonial, portanto, parece ter sido a escolha do legislador para condensar qual seria o núcleo da noção de renda na hipótese tributária do imposto de renda. A expressão “acrécimo patrimonial” aparece, de forma expressa, somente no inciso II, contudo, da leitura deste inciso pode-se extrair que a ideia de acréscimo patrimonial se fez presente também na definição de renda dada pelo inciso anterior, pois o texto fala em proventos como acréscimos patrimoniais não compreendidos na definição de renda do inciso anterior, dando a entender, assim, que para que os proventos possam ser acréscimos patrimoniais externos ao conceito de renda é necessário, antes de tudo, que a própria renda, internamente, seja acréscimo patrimonial.

Indo adiante na busca por uma compreensão do conceito de renda encontrado dentro do dispositivo legal que traz a hipótese tributária do imposto de renda, entendida globalmente como acréscimo patrimonial, conforme o sistema apresentado no sistema Shanz-Haig-Simons, tratado anteriormente neste trabalho, é possível verificar também que, essa noção global de renda como acréscimo patrimonial do art. 43 do CTN, não deixa escapar do seu escopo, o entendimento de renda como produto, tanto do capital, quanto do trabalho, ou ainda dos dois combinados.

A percepção de todos esses aspectos dentro de um único dispositivo, não pode, todavia, fazer com que o intérprete, deixe escapar do seu escopo de análise, a coerência e a nitidez que a hipótese tributária vai ganhando com o aprofundamento da compreensão, pois, se a renda é o acréscimo patrimonial que pode ser oriundo tanto da remuneração do trabalho, quanto do capital, e se os proventos são os

outros acréscimos patrimoniais que não se enquadram nessa definição e também não invadem a competência de outros tributos, a existência da relação jurídica tributária, por outro lado, só se consagra quando efetivamente verificada a aquisição de disponibilidade, econômica ou jurídica, dessas espécies de acréscimos patrimoniais.

1.2. A COMPETÊNCIA DO ESTADO E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR APLICÁVEIS AO IR

Neste item será tratado o assunto referente ao estabelecimento dos contornos do poder de tributar. Serão brevemente analisados, tanto os aspectos de caráter positivo, no sentido de atribuir às diversas pessoas de direito público da federação, as competências de legislar sobre tributos, estabelecê-los e arrecadá-los, como também serão analisados aqueles aspectos de caráter negativo, ou seja, aqueles contornos delimitadores do poder tributador no sentido de impedir a atuação do estado em relação ao patrimônio do contribuinte quando ela esbarrar nessas edificações jurídicas que visam à proteção de direitos e a manutenção do próprio sistema.

1.2.1. A competência tributária do Estado

Em primeiro lugar, para discorrer sobre o assunto da distribuição das diferentes competências em relação ao poder de tributar do Estado, far-se-á uso da nomenclatura das competências e capacidade encontradas na obra de Luís Eduardo Schoueri (2017 pp. 265-266). O autor traz uma interessante distinção entre alguns diferentes aspectos relativos ao poder de tributar, que são a competência para legislar sobre direito tributário, a competência tributária e a capacidade para arrecadar tributos, a primeira se refere à competência para editar normas tributárias gerais, que em regra pertence à união, a segunda é a competência específica dada às diferentes pessoas jurídicas de direito público brasileiras para instituir seus tributos, sendo esta a única capaz de ser entendida como competência tributária propriamente dita, a terceira, por sua vez, é a capacidade decorrente do tributo

instituído, que permite ao agente público tributário realizar a efetiva cobrança e recolhimento do tributo.

Para uma compreensão mais clara sobre o tema da repartição da competência tributária cabe também a leitura do texto de Kyioshi Harada (2017), que trata do assunto sob a perspectiva da discriminação das rendas tributárias:

A Constituição Federal atribui competência comum às três esferas impositivas no que tange às taxas e contribuições de melhoria, porque se tratam de tributos vinculados à atuação estatal. O Poder Público que promoveu a atuação estatal será o sujeito ativo desses tributos. Os impostos são tributos desvinculados de qualquer atuação estatal. Daí a necessidade de a Carta Magna promover a outorga de competência tributária entre os poderes tributantes, sob pena de o sujeito passivo ser surpreendido com o mesmo tipo de imposto instituído por duas ou mais entidades políticas. A essa atribuição de impostos a cada uma das entidades políticas, de forma privativa, estabelecida na Carta Política, denomina-se discriminação constitucional de rendas tributárias. Esse princípio constitucional, ao mesmo tempo em que atribui o poder tributário a cada entidade política contemplada, inibe o exercício desse poder em relação à outra não contemplada, isto é, veda a invasão de esfera de competência impositiva de outro ente político tributante mesmo na hipótese de sua inércia. Quando duas entidades políticas tributam o mesmo imposto, ocorre a chamada bitributação jurídica, que é inconstitucional porque uma das entidades estará, necessariamente, invadindo a esfera de competência impositiva da outra. Claro que não será inconstitucional se a própria Constituição fizer ressalva, como no caso do IVV, em que não exclui a incidência do ICMS sobre a mesma operação (§ 3º, do art. 156 da CF).

Assim, considerando a distribuição específica dos poderes e obrigações, referentes à espécie tributária dos impostos, feita pelo legislador constituinte, chega-se à parcela da competência outorgada para a criação de um imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, cujo poder de instituição emana do texto do art. 153, inc. III da CF/88. Tendo sido dada à união a competência para a criação de tal imposto.

1.2.2. As limitações constitucionais ao poder de tributar

Para que se mantenha o foco sobre a parte do exercício da atividade tributária de que trata este trabalho, bem como para tornar a leitura mais objetiva, serão analisados aqui apenas os aspectos do texto constitucional referentes aos princípios que possuem maior relação com o imposto de renda, tendo eles sido selecionados,

para este fim. Em virtude disto serão descritos, em primeiro lugar os princípios tributários de aplicabilidade mais geral que podem ter relação com o imposto sobre a renda para, em seguida tratar dos princípios específicos do IR.

Os princípios constitucionais gerais a serem brevemente abordados aqui são o da legalidade, o princípio da igualdade, o princípio da capacidade contributiva e o da vedação ao confisco.

O princípio da legalidade tributária encontra-se consolidado no mandamento negativo do inc. I do art. 150 da CF/88 que, de acordo com as palavras do texto mencionado, traz a vedação ao estado de exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, tratando de vincular a exigência de um tributo ou o aumento dele a uma forma de nascimento específica, que é a lei. Essa reserva legal é ainda esmiuçada pelo CTN que, em seu art. 97 prevê o seguinte:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Esse artigo dá ainda mais amplitude aos efeitos do princípio da legalidade em matéria tributária, vinculando à exigência do nascimento em lei muito mais do que apenas a exigência ou aumento de tributo.

Faz-se aqui uma ressalva, pois em virtude de o princípio da legalidade possuir relação direta apenas com a instituição do Imposto de Renda e não com o problema da incidência de IR em mutação patrimonial decorrente de Incorporação de Ações, a breve análise feita neste trabalho objetiva meramente fornecer uma visão global do fenômeno ao leitor.

O princípio da igualdade é previsto no art. 5º da CF quando afirma que todos

são iguais perante a lei, contudo, o texto constitucional foi mais adiante ao estabelecer um desdobramento específico desse princípio em relação à matéria tributária, conforme prescreve o texto do inciso II do art. 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

É interessante constatar que o dispositivo acima traz limitações ao tratamento tributário desigual, desde que a situação dos contribuintes, assim como dos objetos da base tributária, seja equivalente, de modo que se alguém, em situação de desigualdade de fato em relação a outro contribuinte, pretender tratamento tributário semelhante ao dado àquele, que se encontra em situação não equivalente à sua, não poderá basear seu pleito no argumento da igualdade tributária, pois este certamente não lhe dará abrigo em tal situação, por outro lado, caso dois contribuintes, em situação tributária igual ou equivalente, recebam tratamento diferenciado, seja qual for a razão, tal tratamento estará manifestamente contra o princípio consagrado no artigo acima transcrito.

Com relação ao princípio da capacidade contributiva o §1º do, art. 145, da constituição brasileira, traz a seguinte redação:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Aqui pode ser feita uma ressalva em relação à literalidade do texto constitucional, pois, apesar do uso da expressão “Sempre que possível”, assim como do termo “impostos”, o intérprete, de acordo com Hugo de Brito Machado (2013 pp. 39-41), não pode ser levado a crer que a aplicação de um princípio constitucionalmente consagrado poderia ficar à mercê da discricionariedade do agente público tributário, e tampouco que a capacidade contributiva guardaria relação apenas com a espécie impostos e não com o gênero tributos, ao contrário, a capacidade contributiva deve ser entendida como princípio de aplicação sempre

possível e de abrangência geral em relação à matéria tributária, e não só quando se tratar de impostos. A capacidade contributiva, portanto, consagra um valor de grandiosa importância para a liberdade em um sistema democrático, pois funciona como um contrapeso tanto em situações intervenção excessiva do estado no patrimônio do particular, quanto impede que se isentem de pagar tributos aqueles que possuem capacidade perfeitamente verificável para tal.

Já o princípio da vedação ao confisco encontra-se inscrito no inciso IV do art. 150, e traz uma vedação tão simples quanto importante, a de utilizar tributo com efeito de confisco, assim, o texto faz mais do que meramente impedir o estado de praticar o ato de confiscar quando estiver exercendo função tributária, mas freia qualquer atuação em âmbito tributário que possa produzir os efeitos de confisco, ainda que este não seja literalmente presente.

Contudo, é de conhecida reputação o aspecto generalista e impreciso do texto constitucional, gerando um número avantajado de possibilidades, inclusive acima do desejável, de aplicação do princípio com base na similaridade de certos atos com aqueles que produzem os ditos efeitos confiscatórios, assim, na tentativa de minimizar exageros, procura-se balizar o princípio em tela colocando-o sob o enfoque de outro, o da capacidade contributiva, nessa linha de raciocínio, as palavras conclusivas de Kyoshi Harada (2017):

Finalizando, para saber se um tributo é confiscatório ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva que, por sua vez, precisa ser examinado em consonância com o princípio da moderação ou da razoabilidade da tributação verificando, ainda, se a eventual onerosidade da imposição fiscal se harmoniza com os demais princípios constitucionais, garantidores do direito de propriedade, da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade etc.

Agora, sobre os princípios específicos do imposto de renda a constituição diz, no §2º do art. 153, que será informado pelos princípios da generalidade, universalidade e progressividade.

Por generalidade entende-se que a incidência da hipótese tributária do imposto de renda acontecerá de forma geral, aplicável a todos os que auferem renda, sem discriminações ou privilégios, sendo um princípio, portanto, orientado para a perspectiva da pessoa que nesse caso é o sujeito passivo da relação jurídica tributária, Paulsen (2017 p.351).

A universalidade, por sua vez, é um princípio que tem escopo, não nas pessoas, mas nas espécies de renda que compõem a base tributável, este princípio visa impedir qualquer diferenciação entre as rendas que tenham ingressado no patrimônio do contribuinte, devendo todas elas, uma vez abrangidas pela hipótese como fato jurídico tributável, ser tratadas como uma universalidade indistinta e infracionável capaz de compor a base de cálculo do imposto de renda, Paulsen (2017 p. 351).

A progressividade, a seu turno, é um princípio que não se volta nem à pessoa e nem à base de cálculo, mas à alíquota do imposto, pois prevê que ela deverá ser aplicada de forma progressiva considerando o montante do patrimônio a ser tributado. Aqui abre-se mais uma vez espaço às valiosas lições de Kyioshi Harada (2017), cujo uso prático da linguagem torna bastante acessível o entendimento a respeito da técnica de aplicação prática desse princípio, que acontecerá de dois modos, conforme expõe-se a seguir:

Diz-se que a progressão é simples quando cada alíquota maior se aplica por inteiro a toda matéria tributável. Já a progressividade graduada é aquela em que cada alíquota maior é calculada, tão somente, sobre a parcela do valor compreendida entre o limite inferior e o superior, de sorte a exigir a aplicação de tantas alíquotas quantas sejam as parcelas de valor para, afinal, serem somados todos os valores parciais, obtendo-se o montante do imposto a pagar. É o caso, por exemplo, do imposto sobre a renda devido por pessoas físicas, cuja legislação adotou uma tabela prática de progressividade para facilitar os cálculos.

Desse modo, procura-se manter uma aplicação justa da incidência tributária, partindo-se de uma faixa de renda isenta de imposto, fazendo progredir as alíquotas conforme sejam preenchidas novas faixas de valor da base tributável, sem permitir, entretanto, que a nova alíquota aplicada a cada faixa superior, ultrapasse os limites inferiores ou superiores daquela base tributável à qual está sendo aplicada. Atingindo horizontalmente cada faixa de uma linha vertical de acúmulo de renda.

1.3. A HIPÓTESE TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO DE RENDA E SUA POSSÍVEL RELAÇÃO COM A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Neste item, retoma-se o raciocínio cuja descrição foi iniciada no primeiro item deste capítulo, quando foi mencionada a possibilidade se reorganizar o texto legal da hipótese de incidência do imposto de renda, assim observa-se o dispositivo norteador de toda a delimitação da regra-matriz de incidência do IR, conforme a dicção do art. 43 do CTN a seguir:

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

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

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

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Tal reorganização possui como único propósito, uma adequação mais precisa da descrição contida no dispositivo da norma, com a alteração patrimonial ocorrida, da perspectiva dos acionistas, em virtude de uma incorporação de ações.

De tal modo, considerando tanto a acepção dos termos aqui adotada, quanto a fluidez do texto legal, constrói-se o argumento de que, em sendo a incorporação de ações uma operação capaz de gerar ganho de capital tributável, esse ganho de capital deveria ser enquadrado como fato jurídico tributável da seguinte forma: ele seria uma “aquisição de disponibilidade econômica de renda como produto do capital”.

Ressalta-se aqui que a partir da exposição de Victor Polizelli (2012 pp. 174-180) sobre as discussões acerca dos possíveis significados de disponibilidade econômica ou jurídica, prevalece, na obra do referido autor, o sentido de disponibilidade econômica como sendo aquela efetivamente verificável aplicando-se o regime de caixa, e que a disponibilidade jurídica é aquela que se verifica pelo regime de competência.

A partir disso, faz-se possível afirmar que a compreensão dos termos que foi adotada neste trabalho é a de, em primeiro lugar, “aquisição de disponibilidade econômica” como entrada efetivamente verificável, através do método de regime de caixa, de um valor disponível, ou seja, capaz de produzir aumento da capacidade

contributiva na mesma proporção em que aumenta a capacidade de consumo. Nesse sentido, afirma Hugo de Brito Machado (2013 pp. 323-324) que a disponibilidade econômica de renda corresponde ao seu efetivo recebimento, enquanto a jurídica corresponde à existência de um crédito disponível.

Já em relação aos termos “renda como produto do capital”, objetiva-se afirmar que a entrada de valores, no caso específico de uma incorporação de ações, constitui-se mediante a exploração do potencial produtivo de um ativo capitalizável que não seja trabalho, essa distinção serve exclusivamente para entender que a possibilidade de recebimento de renda como resultado da incorporação de ações distancia-se da renda obtida como resultado do trabalho, por possuir relação muito mais próxima com a descrição de um acréscimo patrimonial como produto do capital, tendo em perspectiva a o conceito de renda produto, anteriormente explorado neste trabalho.

Com isso, procura-se delimitar o campo de argumentação sobre o qual transita este texto, acerca da relação entre um possível ganho de capital na incorporação de ações e a hipótese de incidência do imposto de renda.

2. O CONCEITO DE ALIENAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM A GERAÇÃO DE RENDA TRIBUTÁVEL

Antes de dar início à análise dos conceitos de alienação e sub-rogação, cabe fazer o esclarecimento de que, conforme o CTN, art. 43, renda pode ser tanto produto de capital ou trabalho, quanto acréscimo patrimonial desvinculado de uma fonte específica. Esse último caso (renda produto do trabalho) não poderia ser o que ocorre na mutação patrimonial decorrente de uma incorporação de ações, pois trata-se de uma operação com relação patrimonial específica do sócio com suas ações. Restando a semelhança da situação da incorporação de ações com um caso de renda como produto do capital.

Considerando a construção dessa perspectiva, conforme mencionado no capítulo anterior, a mutação patrimonial decorrente de uma incorporação de ações, se for renda para fins de incidência de IR, deverá ser renda como produto do capital.

Nesse caso, para que se fale em renda como produto do capital, é necessário que o ativo explorado para a geração dessa renda seja capaz de gerar ganho de

capital, que de forma simplificada é a diferença entre custo de aquisição e de venda de um bem, de modo que sem ganho de capital não há renda, há prejuízo ou, no máximo, manutenção do mesmo valor, conforme Mariz de Oliveira (2014, p. 71).

Assim, para que a existência de ganho de capital possa ser apurada para incidência de IR, o §3º do art. 3º da Lei 7.713/88, estabelece que deve haver alguma espécie de alienação, sem a qual, torna-se impossível a apuração do ganho tributável. Por isso, encontra-se no centro do problema, sobre o qual se debruça este trabalho, saber se a descrição da mutação patrimonial sofrida pelos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas possui maior semelhança com alienação ou com sub-rogação de ações.

2.1. BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE ALIENAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

De acepção praticamente indiscutida, no âmbito da doutrina jurídica brasileira, o termo alienação é geralmente entendido como uma das formas de transmissão da propriedade, ou perda da propriedade na perspectiva do alienante (art. 1.275, inc. I, CC/2002), essa perda, vista pelo prisma do alienante, se consuma pela transmissão da propriedade de um bem ou direito, de forma que esse bem ou direito passe da esfera jurídica de propriedade de alguém para a de uma outra pessoa, fazendo com que o objeto da alienação torne-se alheio à esfera patrimonial do alienante enquanto efetiva relação de pertença ao patrimônio do adquirente, conforme se extrai das palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2017 pp. 219-220), na obra Instituições de Direito Civil, no Volume IV, sobre Direitos Reais. Um entendimento ainda mais claro sobre o assunto pode ser extraído das palavras de Flávio Tartuce (2017) que, ao tratar das formas de perda da propriedade imóvel em sua obra específica sobre Direito das Coisas, afirma o seguinte sobre a alienação imobiliária:

(...) consiste na transmissão do direito de propriedade de um patrimônio a outro, como ocorre nos contratos de compra e venda, de troca ou permuta e no de doação. Em casos envolvendo imóveis, há necessidade do registro no Cartório de Registro Imobiliário (CRI), eis que o contrato traz apenas efeitos pessoais ou obrigacionais. Quanto aos móveis, é necessária a tradição (art. 1.267 do CC/2002).

Ou seja, o autor afirma que para que se opere efetivamente a transmissão da

propriedade de um bem móvel o requisito é a tradição, a simples entrega do bem como resultado da celebração de um contrato, já para os imóveis é necessário o registro em cartório, com a formalização do estabelecimento da relação jurídica patrimonial entre o bem e seu novo dono que efetiva a alienação.

No tocante à alienação de ações, por sua vez, a tradição há de ser suficiente para a efetivação da transferência de propriedade, todavia, o que antigamente possuía caráter físico de papel, hoje em dia é informação eletronicamente armazenada em uma conta de corretora, sendo equivalente à antiga tradição dos papéis a entrada dos valores mobiliários na conta de alguém.

Passado o ponto onde se compreende que a alienação é a simples transmissão de propriedade, sendo por ela abarcados o domínio, a posse e os demais aspectos do direito patrimonial, pode-se proceder a uma, igualmente breve, análise do que vem a ser a relação entre alienação e ganho de capital.

2.2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RELAÇÃO ENTRE ALIENAÇÃO E GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL POR IR

Observando os casos de transmissão da propriedade como resultado da celebração de um contrato oneroso, é possível citar, como um dos principais exemplos da ocorrência de alienação, aquela que resulta do cumprimento de um contrato de compra e venda, onde a perda da propriedade importa a aquisição de uma contrapartida previamente estipulada, ou seja, um preço relativo ao patrimônio transferido. Tudo isso, cabe mencionar, acontece na perspectiva do alienante, aquele que perde a propriedade do bem ou direito para verificar o recebimento do preço a ele relativo, pois no outro polo, acontece a perda de um valor para aquisição da propriedade, onde o adquirente verifica o ingresso do bem como consequência da perda do valor referente ao preço, previamente estipulado em contrato seja por negociação ou aceitação da proposta do alienante.

Para o objetivo a que se presta este trabalho, interessa a primeira perspectiva, ou seja, a do alienante, que perde a propriedade em prol do recebimento do valor do preço, mais especificamente ainda, interessam aqui, aqueles casos em que a perda da propriedade e a aquisição do preço manifestam

um ganho de capital para o alienante, esse ganho é verificado a partir de uma técnica contábil simples e específica que considera, em primeiro lugar, o valor atribuído ao bem ou direito no momento do ingresso da propriedade ao patrimônio do alienante, para, em seguida, comparar este valor com o valor referente ao preço recebido, no caso de tal comparação resultar em diferença positiva para o alienante, o valor dessa diferença é usado para compor base tributável por imposto de renda, é importante salientar que, para composição do valor da base, não é considerado o valor total do preço pago pelo adquirente, mas somente a diferença positiva obtida da comparação do preço como o custo de aquisição, tal conceituação se encontra positivada no §2º do art. 3º da Lei 7.713/88.

Traduzindo de forma mais clara, é possível imaginar, a título de exemplo, que alguém compre uma bicicleta por R\$ 1.000,00, e que depois de um ano essa pessoa resolva vender a bicicleta, mas levando-se em consideração uma valorização astronômica da marca de bicicletas e mais especificamente desse modelo comprado, o bem obteve, em um ano uma valorização de 200% de seu valor, ou seja, a bicicleta vale R\$ 3.000,00 no momento da venda, e esse é o preço estipulado entre vendedor e comprador, alienante e adquirente, respectivamente. Assim, com a conclusão do negócio, têm-se uma bicicleta cujo valor de custo foi R\$1.000,00 e o preço de venda foi R\$ 3.000,00, gerando um ganho de capital de R\$ 2.000,00, e é exatamente sobre esse valor a mais como base de cálculo que o alienante recolherá imposto de renda, pois ele não só recuperou o valor investido, mas obteve renda no ganho de capital.

Outra forma de obtenção de ganho de capital considerada para composição de base de cálculo de IR, é aquela proveniente de uma permuta, sendo uma outra manifestação de contrato oneroso, que apesar de guardar relevante semelhança com a compra e venda, pode ser considerada forma mais primitiva de transferir bens, pois teve início antes do advento do uso de dinheiro para fazer circular bens, serviços e direitos, sobre o pensamento de que ocorreriam, na verdade, duas compras e vendas na permuta, manifestou-se, em preciosa lição, Pontes de Miranda, Tomo XXXIX (2012 p. 462) ao discorrer sobre os artigos 221 a 225 do antigo Código Comercial de 1850:

CÓDIGO COMERCIAL, ARTS. 221-225. - Lê-se no Código Comercial, art. 221: "O contrato de troca ou escambo mercantil opera ao mesmo tempo duas verdadeiras vendas, servindo as coisas trocadas de preço e

compensação recíproca (art. 191). Tudo o que pode ser vendido pode ser trocado". O conceito de troca que aí se encontra resente-se do pensamento sabiniano que fazia da troca subespécie de compra-e-venda. Por outro lado, é falso que haja, no contrato de troca, dois contratos, "duas verdadeiras vendas": só há a prestação de A e a contraprestação de B, sem que uma delas seja dinheiro. Sociologicamente, a compra-e-venda provém da troca, e não vice-versa: é a troca de propriedade ou de posse de algum bem pela propriedade ou pela posse de outro, que acontece na compra-e-venda.

A alusão a duas compras-e-vendas proveio das considerações, encontradas no século passado e no começo deste, sobre se supor, sempre, nas trocas mercantis, que se deu preço a cada bem e assim mais se trocaram valores do que coisas.

Contudo, no direito tributário brasileiro, ao ser verificada, na declaração do contribuinte, a aquisição de bem permutado com valor que traga diferença positiva em relação ao bem entregue, essa diferença também será observada para composição da base tributável, pois nesse sentido foi elaborada a dicção do §3º do art. 3º da lei 7.713 de 88, que regulamenta o imposto de renda:

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Ainda que parte significativa da doutrina tenha se manifestado em sentido contrário à tributação de ganho de capital na permuta, conforme se verifica em entendimento exposto por Humberto Ávila (2015 pp. 249-280), na obra Contribuições e Imposto Sobre a Renda: Estudos e Pareceres, assim como por Ricardo Mariz de Oliveira (2014 pp. 89-91), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Receita Federal do Brasil, tem expressado em diversos acórdãos um entendimento que vai ao encontro do posicionamento escolhido pelo legislador, conforme se destacou acima, ou seja, o de haver ganho de capital tributável na permuta, conforme se observa nas ementas a seguir:

1. Nº Acórdão: 2402-005.985 Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF Ano-calendário: 2003, 2004 GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO. PERMUTA. O conceito de alienação para apuração do ganho de capital engloba toda e qualquer operação que

importe em transmissão de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos, sendo a permuta uma das espécies previstas no texto legal ao lado da compra e venda e de outras operações. Toda e qualquer operação de que se possa extrair uma alienação, ou os efeitos de uma alienação, também está sujeita à apuração do ganho de capital. A aceção utilizada pelo legislador foi a mais ampla possível, exceções devem estar previstas na legislação. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PERMUTA. PARTICULARES. O ganho de capital existente quando da alienação de ações por permuta entre particulares não tem abrigo nas exceções à tributação pelo imposto de renda.

2. Nº Acórdão: 9202-005.535 Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF Data do fato gerador: 20/05/2011 GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO. PERMUTA. O conceito de alienação para apuração do ganho de capital engloba toda e qualquer operação que importe em transmissão de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos, sendo a permuta uma das espécies previstas no texto legal ao lado da compra e venda e de outras operações. Toda e qualquer operação de que se possa extrair uma alienação, ou os efeitos de uma alienação, também está sujeita à apuração do ganho de capital. A aceção utilizada pelo legislador foi a mais ampla possível, exceções devem estar previstas na legislação. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PERMUTA. PARTICULARES. O ganho de capital existente quando da alienação de ações por permuta entre particulares não tem abrigo nas exceções à tributação pelo imposto de renda. PARECERES PGFN. NÃO VINCULAÇÃO. Os Pareceres da PGFN afetam apenas as situações especificamente neles previstas, não se estendendo a caso diverso.
3. Nº Acórdão 2402-005.779 Ementa(s) Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF Data do fato gerador: 31/07/1998 OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. PERMUTA. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. A permuta é uma espécie do gênero alienação, sujeitando-se à incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido, calculado pela diferença de valor das ações envolvidas no negócio.

Cabe lembrar, todavia, que o conteúdo positivado no §3º do art. 3º da lei 7.713, possui apenas a função de dar delineamento, de alguma forma mais preciso,

ao que está abarcado pela hipótese tributária do imposto de renda, qual seja, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, não possuindo tal construção normativa, por outro lado, a função de determinar o núcleo da hipótese tributária em si. De modo que, qualquer das formas de ganho de capital descritas na regra positivada do §3º do art. 3º da lei 7.713, deve ser submetida à verificação baseada, tanto no conceito de renda, quanto na entrada efetiva de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Importa, também, notar que embora a escolha legislativa tenha sido pela adoção de uma descrição bastante abrangente do que pode ser considerado como ganho de capital passível de tributação o legislador, sabiamente, optou por deixar de fora dessa descrição a mera valorização patrimonial consequente da sub-rogação real, ou seja, aquela substituição de um bem por outro que não é proveniente da participação da pessoa em contrato oneroso, ainda que a alteração patrimonial seja reflexo inevitável de um contrato onde outro ente é que foi parte.

Já a forma apuração do ganho de capital está prescrita no art. 138 do Dec. 3.000/99:

Art. 138. O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurado nos termos dos arts. 123 a 137 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 2º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 2º, § 7º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 17).

E aqui se faz relevante pontuar que, se o ganho de capital é diferença positiva entre valores de custo e de alienação, é porque o entendimento proposto pelo próprio agente regulamentador é o de que ganho de capital apurável para tributação deve sempre estar ligado a uma alienação, em outras palavras, deve haver uma transferência de propriedade relacionada à aquisição de um preço, e esse valor recebido em contrapartida deve revelar lucratividade.

2.3. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE ALIENAÇÃO DE AÇÕES E SUBSTITUIÇÃO OU SUB-ROGAÇÃO DE AÇÕES

Considerando o que já foi exposto a respeito do conceito de alienação e sobre os contratos de compra e venda, faz-se aqui uma breve exposição sobre o que é

entendido como alienação de ações.

Sendo a alienação a transferência de propriedade, a alienação de ações é a transferência realizada por uma pessoa, natural ou jurídica, da propriedade de suas ações, isso ocorre no bojo de um contrato de compra e venda no qual as ações pertencentes a alguém são negociadas com a estipulação de um preço, geralmente em torno dos movimentos especulativos de valorização ou desvalorização dessas ações no mercado, tal valor é entregue título de contraprestação em relação à transferência da propriedade das ações.

Assim, conforme já mencionado, podendo ser verificado o ganho de capital como resultado da alienação de ações em um contrato de compra e venda de ações, tal valor será inserido na base de cálculo para cobrança de imposto de renda em virtude de, nesse caso, ter acontecido o amoldamento da situação fática à hipótese construída na regra de incidência tributária do art. 43 do CTN, pois quando há alienação de ações em contrato de compra e venda com a verificação de ganho de capital, há, sem dúvida a aquisição de disponibilidade econômica de renda como produto do capital.

Tal enquadramento do fato jurídico à hipótese tributária não ocorre na alteração patrimonial sofrida por uma pessoa como reflexo da realização da incorporação de ações, celebrada entre duas sociedades anônimas, e que tem como um de seus efeitos a sub-rogação de ações no patrimônio dos acionistas da incorporada.

Para maior esclarecimento sobre o tema da sub-rogação real, abre-se espaço, neste ponto do trabalho, para uma brevíssima exposição conceitual do termo.

No código civil de 2002, o termo sub-rogação aparece 10 vezes, das quais 8 são referentes a sub-rogação pessoal, e 2 referentes à sub-rogação real, essas últimas quando o código trata do direito de família, no entanto, todas as vezes em que o termo é empregado na lei ele remete ao sentido de substituição, seja de pessoa (sub-rogação pessoal), seja de coisa (sub-rogação real), e é esse último sentido que serve de referencial para a aceção do termo sub-rogação abordada neste trabalho.

Para que se vislumbre como ocorre a aplicação jurídica do termo sub-rogação em sentido de substituição, convém trazer como recurso as palavras de Pontes de Miranda, no Tomo XXIV de seu Tratado de Direito Privado (2012 p.373) que, ao

tratar do adimplemento de dívida por terceiros, faz uso da denotação clássica de sub-rogação, conforme explicitado abaixo:

No adimplemento com sub-rogação, adimple-se, mas continua-se a dever. É adimplemento sem liberação. O credor sai da relação jurídica; mas outrem lhe fica no lugar. Satisfaz-se o credor, sem que o devedor se libere. Outrem, em verdade, adimpliu, e não o devedor, que há de adimplir a quem adimpliu. Do lado de quem solve, a lei ou a convenção determina que o solvente fique no lugar do credor satisfeito.

Adimplemento com sub-rogação é, portanto, o adimplemento por outra pessoa, em vez do devedor, sem ser em nome e por conta dêsse, com a sucessão do terceiro adimplente no crédito. Muda-se o pólo da relação jurídica, pelo fato de ter alguém, em vez do devedor, adimplido.

Uma vez compreendido o sentido do termo sub-rogação, prossegue-se para o próximo capítulo, onde será analisada a mutação patrimonial sofrida pela pessoa que detém ações da incorporada e que recebe novas ações emitidas pela incorporadora, a compreensão desse evento será norteadada pela descrição minuciosa do procedimento e dos efeitos da realização do negócio da incorporação de ações.

3. ASPECTOS GERAIS E ENQUADRAMENTOS POSSÍVEIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES NO DIREITO PÁTRIO

Neste capítulo será feita, em primeiro lugar, uma descrição do procedimento e efeitos da incorporação de ações para, em seguida verificar a qual possibilidade de enquadramento jurídico, seja alienação, seja sub-rogação real, a descrição da incorporação mais se assemelha. Com isso, busca-se verificar qual o tratamento tributário mais adequado para a mutação patrimonial sofrida pelos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas.

A necessidade dessa verificação se justifica pelo fato de tal mutação patrimonial, somente poder ser entendida como renda se for produto do capital e, conforme já tratado no início do capítulo 2 deste trabalho, a própria lei regulamentadora desse aspecto do IR (§3º, art. 3º, Lei 7.713/88) é que estabelece que a apuração de ganho de capital dependerá de alienação.

3.1. ASPECTOS GERAIS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

O regramento jurídico normativo da operação da incorporação de ações foi inserido de forma positiva no direito brasileiro a partir do art. 252 da Lei 6.404/76, contudo, de acordo com os ensinamentos da obra de Modesto Carvalhosa (2014) sobre a lei das S/A, foi o artigo imediatamente anterior que trouxe acolhimento ao instituto da sociedade unipessoal, já anteriormente aceita nas práticas de mercado norte-americana e alemã, essa espécie de sociedade pode existir de forma provisória ou permanente, sendo a provisória prevista no art. 206 da lei das S/A, é aquela que existe durante o prazo de um ano, antes de ser dissolvida ou de receber mais sócios, a permanente, por outro lado, pode existir de algumas formas, entre elas a que interessa neste trabalho, subsidiária integral.

A sociedade unipessoal permanente como subsidiária integral pode existir de duas formas, ou melhor dizendo, pode ser criada de duas formas diferentes, uma originária e outra derivada. Pelo regime originário uma sociedade destaca parte do seu patrimônio para constituir nova pessoa jurídica mercantil sobre a qual exerce total controle, sendo única acionista. Já no regime derivado o que existe é a aquisição da totalidade das ações de outra sociedade, tornando-se, a sociedade adquirente, a única controladora da sociedade da qual foi adquirido o capital social.

Para compreender ainda melhor este assunto é necessário ter em mente que a existência de uma sociedade unipessoal, chamada subsidiária integral, precisa guardar estrita relação com essas duas formas de criação, assim como com a necessidade de ela estar sempre sob controle de uma outra sociedade brasileira, nos termos do art. 251 da Lei 6.404/76, desse modo, uma sociedade unipessoal, só pode ser subsidiária integral se estiver relacionada a outra companhia, a qual detém todo o seu controle, e que obteve esse controle de acordo com um dentre os dois regimes possíveis, o originário ou o derivado.

Para a finalidade a que se presta este texto, cabe especificar que o escopo de análise mantém seu foco sobre a sociedade unipessoal permanente, que existe como subsidiária integral derivada, e que teve seu capital adquirido por outra companhia em incorporação de ações.

O resultado da transformação de uma sociedade em subsidiária integral é o que pode ser chamado de concentração empresarial, que pode acontecer tanto na fusão e na incorporação de sociedades, como na incorporação de ações, sendo que,

nos primeiros casos, a concentração se opera com maior integração, pois a personalidade de uma ou das duas pessoas jurídicas envolvidas desaparece com a finalização dos procedimentos, já no caso da incorporação de ações a concentração ocorre de modo mais exteriorizado, pois a personalidade jurídica das companhias envolvidas permanece intocada, Eizirik (2015 pp. 291-293).

Considerando, pois, o ambiente de plurais possibilidades de combinações de negócios e de alterações societárias é devida a atenção dada à diferenciação, de algum modo mais precisa e delineada, entre as duas operações que mais se assemelham, sendo elas a incorporação de sociedades e a incorporação de ações.

Entre estas duas operações não há confusão, uma vez que cada uma reflete uma escolha específica de negócio jurídico entre sociedades. A esse respeito, as mais diversas construções argumentativas, no sentido de explicitar as diferenças entre essas operações, podem ser encontradas em obras de renomados juristas do Direito Societário, como Nelson Eizirik (2015) e Modesto Carvalhosa (2014), o que guia o leitor a compreender que a semelhança entre elas recai muito mais na denominação do que nas suas respectivas características de realização efetiva.

A incorporação de sociedades é uma operação através da qual a totalidade do patrimônio de uma sociedade é adquirida por outra mediante a remuneração dos acionistas. Dessa operação resulta o desaparecimento de uma das companhias envolvidas, a incorporada, cujo patrimônio é diluído dentro do patrimônio da outra companhia envolvida, a incorporadora, assim, ao fim do procedimento resta apenas uma das duas pessoas jurídicas que o iniciaram, desaparecendo a incorporada e permanecendo a incorporadora, Eizirik (2015 pp. 129-131). O reflexo comercial disso é, por exemplo, o conseqüente desaparecimento de uma marca, de seus produtos e mudança de seus estabelecimentos, a incorporadora é, portanto sucessora universal da incorporada, ela passa a responder por todas as obrigações por ela constituídas e possui capacidade e legitimidade de exigir todos os direitos concernentes a ela.

Na incorporação de ações as características são bastante diversas das apresentadas acima, em primeiro lugar, a incorporação de ações diz respeito apenas às cotas de capital da sociedade anônima, ou seja, as ações, de modo que, o objeto da negociação entre as duas companhias é a transferência da totalidade apenas das ações da incorporada para dentro do capital da incorporadora (nada mais do que isso) o que leva a uma alteração na quantidade subscrita desse capital para integralizá-lo com ações, é importante dar relevo à informação de que na

incorporação de sociedade é a totalidade do patrimônio de uma empresa que é incorporado, já na incorporação de ações é a totalidade das ações. Uma das consequências mais importantes disso é que a incorporadora de ações é sucessora singular da incorporada, sucedendo-a apenas naquilo que disser respeito às ações, e nada mais, outro reflexo de igual relevância é o fato de que, ao contrário do que acontece na incorporação de sociedades, a personalidade jurídica própria da companhia que teve suas ações incorporadas permanece inalterada, sendo ela responsável por suas obrigações e legítima para pleitear seus direitos.

Contudo, o controle da companhia que teve suas ações incorporadas passa a ser exercido pelos sócios da incorporadora, restando aos acionistas originados da incorporada apenas o interesse indireto, uma vez que que também passam a ter parte nas cotas de capital da incorporadora, mas sem o poder proporcional de voto e controle que possuíam anteriormente, já que representativamente, a quantidade de poder que exercem passa a ser menor, posto que as decisões sobre a companhia incorporada contarão com uma quantidade de votos expressivamente maior do que antes, quando somente os da incorporada é que votavam suas decisões.

3.2. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

O procedimento de realização da incorporação de ações é norteado pelo regramento do art. 252 da Lei 6.404/76, cuja leitura é de imprescindível relevância para a construção de um entendimento mais claro e minucioso a respeito de todos os eventos que compõem um negócio de tamanha complexidade, desse modo, faz-se uso do extrato legal abaixo:

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificção, nos termos dos artigos 224 e 225.

Iniciando a análise a partir do caput verifica-se, de plano, que a operação denominada de incorporação de ações trata da transferência de todas as ações do capital social de uma companhia para o patrimônio de outra companhia brasileira, e

que, além disso, a transferência total das ações de uma companhia para outra fará com que a companhia que transferiu ações tenha seu controle subordinado à vontade manifestada pelos votos dos acionistas daquela companhia que recebeu as ações, e não mais por seus próprios acionistas diretamente, por isso, a ela atribui-se a denominação de subsidiária integral.

Em seguida, o texto prescreve que a realização de tal negócio será submetida à deliberação das duas assembleias gerais, ou seja, tanto a incorporadora das ações terá que submeter a decisão de incorporar as ações de outra companhia ao seu patrimônio à sua assembleia geral, quanto a companhia que terá suas ações totalmente transferidas, leia-se, incorporadas por outra companhia deverá, por determinação legal, submeter tal decisão ao voto de seus acionistas em assembleia geral.

O texto também fala a respeito de uma formalidade específica sobre a aprovação da incorporação, pois o conteúdo do negócio será apresentado em protocolo e justificação (arts. 224 e 225 Lei das SA), e são estes dois instrumentos que são levados à análise das assembleias para que sejam aprovados ou não.

A respeito do protocolo Nelson Eizirik (2015) assevera o seguinte:

Trata-se, o protocolo, de documento no qual são descritas as características essenciais da operação, o qual será submetido ao conselho de administração, se houver, e à assembleia geral, que deliberará sobre a aprovação por *quorum* qualificado (artigos 122 e 136, incisos IV e VIII).

Ainda a respeito do protocolo, Eizirik (2015) afirma que ele não possui qualidade de contrato, contudo, após a aprovação inicial, realizada no âmbito interno da incorporadora, ele passa a apresentar a natureza de uma proposta de contratar, e caso esse mesmo protocolo também seja aprovado pela assembleia geral da outra companhia envolvida no negócio, pode-se então falar na existência de um contrato aperfeiçoado.

Já a respeito da justificação, essas são as palavras do mesmo autor:

O protocolo, quando submetido à deliberação das assembleias gerais das sociedades envolvidas, deverá ser acompanhado de uma justificação, na qual serão expostos: (i) os motivos ou fins da operação e o interesse da companhia em sua realização; (ii) as ações que os acionistas preferenciais receberão e a razão para modificação de seus direitos, se prevista; (iii) a composição do capital, após a operação; e (iv) o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Assim, após aprovados pelas assembleias gerais das duas companhias o protocolo, acompanhado da justificção, passa a constituir o instrumento contratual plenamente capaz de atribuir obrigações às partes, vinculando-as em uma relação contratual aperfeiçoada, da qual serão partes apenas as duas companhias e não seus acionistas.

Considerando a interligação entre o restante do procedimento e o assunto referente aos efeitos da incorporação de ações, prossegue-se, para, no próximo item, realizar uma análise dos efeitos em compasso com a dos outros pontos do procedimento.

3.3. OS EFEITOS DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Para a construção de uma análise cujo encadeamento lógico contribua para a extração de um entendimento mais claro do dispositivo legal que regula a incorporação de ações, são trazidos abaixo os parágrafos relativos ao art. 252 da Lei das SA, onde lê-se o seguinte:

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Logo no §1º já é possível verificar qual seja um dos efeitos provenientes da operação de incorporação de ações, pois, a companhia incorporadora, ao aprovar a operação, deve, em primeiro lugar, autorizar o aumento de capital naquele já subscrito, em segundo lugar, nomear peritos para realizarem a avaliação do valor das ações a serem incorporadas, para que o valor registrado na subscrição do aumento de capital da incorporadora seja equivalente ao valor que será efetivamente integralizado com as ações incorporadas.

O mesmo parágrafo prescreve a negativa de preferência em relação à subscrição do aumento de capital pelos acionistas da incorporadora, e ainda prevê o direito de recesso, ou retirada, para aqueles que não concordarem com a operação, isso significa que, aqueles acionistas da incorporadora que votaram desfavoravelmente à realização da incorporação de ações na assembleia geral, poderão retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor referente às suas ações.

O §2º trata, em primeiro lugar, de uma ressalva à forma de realização da votação que submete à assembleia geral da incorporada a aprovação, ou reprovação, da realização da incorporação de suas ações por outra companhia, essa ressalva é em relação à quantidade de votos necessários para a aprovação do negócio pela incorporada, a previsão do texto legal é no sentido de que a incorporação de ações só poderá ser aprovada por, no mínimo, metade dos votos das ações com direito a voto, assim, ainda que metade dos votos seja manifestada em sentido contrário à incorporação de ações, prevalecerá a vontade manifestada pela outra metade dos votos, que aceitou realizar a operação, como resultado disso, aqueles acionistas que tiverem votado contra a incorporação se veem limitados a duas opções, aqueles que tenham interesse em ser remunerados, podem exercer o direito de recesso, já aqueles que não tinham intenção de retirar qualquer valor sofrem os efeitos da incorporação de ações como todos os que votaram a favor.

Ainda no parágrafo segundo está previsto que, uma vez aprovada a incorporação das ações pela assembleia geral da incorporada, ela autoriza sua diretoria a subscrever o aumento de capital na incorporadora, em nome da sociedade, e não dos acionistas, uma vez que apenas as sociedades é que são partes no contrato de incorporação de ações. Entretanto, como efeito do contrato celebrado entre sociedades, os acionistas da incorporada é que sofrem a

substituição da relação jurídica que possuíam com suas ações, para, posteriormente, verem restaurada a relação jurídica de propriedade de ações com relação às ações emitidas pela incorporadora.

Tal emissão guarda relação de proporção entre o valor das ações incorporadas no patrimônio da incorporadora e o total do patrimônio desta ao fim da operação, ou seja, são considerados separadamente os valores totais dos dois blocos acionários envolvidos no início da incorporação, em seguida, os dois valores se juntam, e são considerados como totalidade unificada, contudo, a verificação da proporção do valor das novas ações, a serem emitidas pela incorporadora, leva em consideração o quanto o valor inicial da totalidade das ações incorporadas representa neste novo total unificado, assim, se por exemplo, o valor inicial das ações incorporadas equivaler a 25% dos 100% da totalidade do patrimônio da incorporadora, após a incorporação de ações, as novas ações terão valor proporcional a esses 25% do patrimônio da incorporadora, e serão distribuídos entre os acionistas da incorporada de modo equivalente à distribuição das ações na incorporada, anteriormente à incorporação.

Portanto, é manifestamente verificável o fato de o valor dessa emissão de ações, em proporção com o patrimônio resultante do negócio, não possuir a finalidade de formar preço para remuneração de ações, e sim recolocação patrimonial de ações que evidenciem proporcionalidade com o patrimônio incorporado, esse raciocínio será retomado com maior profundidade no tópico 3.6 deste capítulo, que trata do enquadramento da mutação patrimonial na incorporação de ações como sub-rogação real.

Considerando, essa perspectiva de alteração patrimonial, vista sob o olhar dos acionistas da incorporada, é que se pode verificar a existência de verdadeira, substituição de coisas em virtude de previsão legal, em outras palavras, verdadeira sub-rogação real legal, e não alienação, e não permuta.

3.4. VISÃO SISTEMÁTICA DO PROCEDIMENTO E DOS EFEITOS

Este item serve ao propósito de dar ao leitor uma visão interligada e sistemática a respeito do procedimento e dos efeitos da incorporação de ações através de, em primeiro lugar, uma breve enumeração descritiva, a partir do

conteúdo extraído do texto legal, de cada um dos passos do procedimento, seguida de uma enumeração dos efeitos e, em segundo lugar, a organização das informações em forma de tabela com a finalidade de proporcionar uma macrovisão mais organizada e integrada do procedimento e efeitos. É imprescindível mencionar também que, valiosíssimas informações acerca dos procedimentos e efeitos são encontradas nas obras de Modesto Carvalhosa (2014) e Nelson Eizirik (2015) sobre a Lei 6.404/76, bem como na brilhante monografia de Clarisse Mello Machado Schlieckmann, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, tendo tais obras subsidiado elementos à sistematização aqui proposta.

Perseguindo esse objetivo passa-se a expor, de forma exemplificativa, os passos enumerados do procedimento da incorporação de ações a seguir:

- (i) Elaboração do protocolo e da justificação no âmbito interno da companhia incorporadora;
- (ii) Aprovação do protocolo e da justificação pela assembleia geral da companhia incorporadora, seguida de;
- (iii) Autorização do aumento de capital da companhia incorporadora, juntamente com a nomeação de peritos para avaliação do valor das ações a serem incorporadas ao patrimônio da incorporadora;
- (iv) Aprovação do protocolo e da justificação pela assembleia geral da companhia cujas ações serão incorporadas (essa aprovação deve ser feita por pelo menos metade dos votos das ações com direito a voto), seguida de;
- (v) Saída dos acionistas de ambas as companhias que tiverem optado pelo exercício do direito de recesso;
- (vi) Subscrição do aumento de capital da incorporadora realizado pelos diretores da sociedade cujas ações foram incorporadas, juntamente com a integralização do capital mediante a transferência das ações da incorporada para a incorporadora;
- (vii) Emissão de novas ações em quantidade proporcional à representatividade do valor das ações incorporadas dentro do valor total do capital social da incorporadora após o aumento de capital;
- (viii) Entrega das novas ações aos acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas com distribuição proporcional àquele que entre eles existia antes da incorporação.

Os efeitos desencadeados com a realização da incorporação de ações, por sua vez, são os listados abaixo:

- (i) Conversão da companhia cujas ações são incorporadas em subsidiária integral da incorporadora;
- (ii) Aumento do capital social da incorporadora;
- (iii) Unificação das bases acionárias das duas companhias na incorporadora, fazendo com que os antigos acionistas da incorporada passem a possuir interesse indireto, e não mais direto, nos assuntos da incorporada;
- (iv) Sub-rogação real legal de ações em relação aos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas, uma vez que substitui-se a relação jurídica anteriormente possuída com as ações incorporadas pela relação jurídica com as ações emitidas pela incorporadora.

Para que se possa vislumbrar com ainda mais clareza a relação dos passos do procedimento com os efeitos, expõe-se a tabela produzida a título de exemplo:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES		
	PROCEDIMENTOS	EFEITOS
1.	Elaboração do protocolo e da justificação pela incorporadora.	
2.	Aprovação do protocolo e da justificação na incorporadora.	
3.	Autorização do aumento de capital da companhia incorporadora e nomeação dos peritos.	
4.	Aprovação do protocolo e da justificação pela assembleia geral da companhia cujas ações serão incorporadas.	Conversão da companhia cujas ações são incorporadas em subsidiária integral.
5.	Saída dos acionistas que optaram pelo direito de recesso.	
6.	Subscrição do aumento de capital da incorporadora.	Aumento do capital social da incorporadora.
7.	Emissão de novas ações.	Unificação das bases acionárias das duas companhias na incorporadora.

8.	Entrega das novas ações aos acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas.	Sub-rogação real legal de ações em relação aos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas.
----	---	--

Os dois próximos itens buscam apresentar uma visão geral das argumentações que tomam espaço em julgamentos de recursos fiscais no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Receita Federal do Brasil, onde a matéria é amplamente discutida com a superelevação de graves divergências no que diz respeito à construção de decisões, mediante o voto dos conselheiros, que levam o direito tanto para o lado da administração tributária, quanto para o lado do contribuinte.

3.5. POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO ALIENAÇÃO

Pelo lado assumido com veemência pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a operação de incorporação de ações constituiria verdadeira alienação de ações, pois teria substância de mera transferência de propriedade das ações pelos acionistas da incorporada à incorporadora, com obtenção de uma remuneração consubstanciada na permuta de suas antigas ações, pelas novas ações, recebidas a título de preço, com valor de diferença positiva entre elas, devendo esse ganho de capital servir de base de cálculo para a tributação por imposto de renda, em virtude da semelhança entre a linguagem descritiva do fato jurídico e a linguagem descritiva da hipótese de incidência tributária do IR no art. 43 do CTN, pois teria, nesse caso, ocorrido a aquisição de disponibilidade econômica (que é aquela efetivamente verificável pelo regime de caixa) de renda como produto do capital.

Tal entendimento é expresso em diversos julgados do CARF acerca da incidência de imposto de renda na incorporação de ações, a seguir apresenta-se, a título de exemplo a ementa e decisão de um destes acórdãos:

Processo nº 10880.721967/201347 Recurso Especial do Contribuinte Acórdão nº 9202005.618 – 2ª Turma Sessão de 25 de julho de 2017. Matéria 10.604.4160 IRPF GANHO DE CAPITAL INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. 10.604.4167 ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Recorrente MARIA TEREZINHA

FONTANA DOS REIS **Interessado** PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. EMENTA **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF** Data do fato gerador: 08/07/2009, 18/08/2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Conquanto esse seja o entendimento vencedor dos últimos julgamentos da questão na CSRF, não pode haver óbice ao reconhecimento do fato de que nesses mesmos julgamentos, em sua grande maioria com apertada diferença de votação, pode ser reconhecida a permanência de vultuosa controvérsia sobre o assunto, inclusive com vários conselheiros manifestando entendimento diverso ao de haver alienação de ações na incorporação, mesmo nos casos onde permanece a incidência de IR.

3.6. ENQUADRAMENTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO SUBSTITUIÇÃO OU SUB-ROGAÇÃO REAL

Por outro lado, os argumentos, conforme já anteriormente explicitado neste trabalho, a favor do enquadramento jurídico da situação de fato, desenrolada pela incorporação de ações, como sendo sub-rogação real, são sustentados com força e profundidade, em defesa do contribuinte, no âmbito do CARF.

Esse entendimento relaciona os acontecimentos desencadeados por força da regulamentação legal da operação, de modo a verificar, uma semelhança muito mais marcante entre a situação ocorrida, na perspectiva dos acionistas da companhia que teve suas ações incorporadas, com uma sub-rogação real legal, sem obtenção de ganho de capital tributável por ser inexistente, a disponibilidade econômica que possa ser efetivamente verificável, do que com outras figuras jurídicas como a alienação em contrato de compra e venda, ou até uma permuta.

Esse posicionamento corrobora a regulamentação expressa no §3º do art. 3º da Lei 7.713/88, onde está prescrito que a apuração de ganho de capital ocorrerá

em relação à fatos jurídicos que denotem alienação, quando houver transferência de propriedade mediante recebimento de preço, nada havendo, portanto, de relação com a substituição patrimonial.

Nesse sentido, estão direcionados outros acórdãos do CARF, sendo a ementa e decisão de um deles a destacada abaixo, em caráter exemplificativo:

Processo nº 10680.726772/2011-88 Recurso nº Especial do Procurador Acórdão nº 9202-003.579 – 2ª Turma Sessão de 03 de março de 2015 Matéria IRPF - Incorporação de Ações Recorrente FAZENDA NACIONAL Interessado NEWTON CARDOSO. EMENTA ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF Exercício: 2008 IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado.

É certo que um assunto controverso e com tamanha complexidade, como a relação entre a incorporação de ações e imposto de renda, não se encontra nem perto de esgotar as possibilidades de discussão, mas para a finalidade que foi proposta neste trabalho, qual seja, a de investigar os principais aspectos dessa acentuada controvérsia, parece razoável reconhecer semelhança mais forte entre a alteração patrimonial ocorrida como resultado da incorporação de ações, em relação aos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas, com uma sub-rogação real legal, do que com alguma espécie de alienação.

Contudo, um argumento destaca-se por sua centralidade em relação à problemática deste trabalho. Este argumento é o que trata da descaracterização da identidade entre a mutação patrimonial sofrida pelos acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas e uma alienação de ações e conseqüente identificação da

situação com uma sub-rogação real.

Além de todas as especificidades do procedimento de uma incorporação de ações, com tratamento legal diferenciado de outros negócios jurídicos em profundo contraste, Ávila (2015 p. 289), existe neste argumento uma característica nuclear para a configuração ou afastamento de ganho de capital proveniente de alienação que, por fim, não ocorre na incorporação de ações, a compreensão dessa característica emerge como interpretação da leitura do procedimento da operação, estabelecido no art. 252 da Lei 6.404/76 e detalhado nas obras de Modesto Carvalhosa (2014) e Nelson Eizirik (2015).

Desse modo, o acompanhamento do procedimento revela a inexistência de uma relação direta entre a alienação de um bem, ou seja, a transferência da propriedade das ações, e a contraprestação dada a título de preço. Essa remuneração diretamente relacionada à transmissão de um bem é essencial para a verificação de um ganho de capital tributável.

Entretanto, conforme já pontuado anteriormente, o que acontece na incorporação de ações é a emissão de novas ações com relação de proporção ao novo montante do capital social da incorporadora, não havendo, portanto, necessidade de se falar em relação de equivalência entre o valor de avaliação das ações incorporadas e o valor de emissão das novas.

Essa descaracterização do valor avaliado ocorre justamente pela necessidade de as novas ações terem identidade com o novo capital social de onde se originam, que é o da incorporadora, e não mais possuírem relação com o capital de onde derivaram, que é o da subsidiária integral. Assim, não há que se falar em transferência de propriedade com recebimento de preço, pois as ações recebidas não vão guardar relação direta com o valor de sua avaliação, e sim com a proporção de ações emitidas como consequência da subscrição de capital.

Por fim, sem transferência de bem com recebimento de preço, não há possibilidade de verificar ganho de capital proveniente de alienação de ações, dando à mutação patrimonial decorrente da incorporação de ações materialidade de substituição patrimonial, leia-se, sub-rogação real.

Com isso, desatam-se dois nós, o primeiro é aquele que assemelharia a operação com uma alienação de ações, revelando a identidade do resultado da operação com uma sub-rogação real. O segundo é consequência direta do primeiro, sem a existência de alienação não pode haver apuração de ganho de capital

tributável, §3º do art. 3º da Lei 7.713/88, afastando-se completamente a incidência de Imposto de Renda. Sobre o desfazimento dessa segunda relação será feita uma análise mais detalhada no quarto e último capítulo, a seguir.

4. A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA E O CONSEQUENTE AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NO RESULTADO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Aqui, conforme já esclarecido anteriormente, será feita a verificação de qual é o tratamento tributário mais adequado à mutação patrimonial decorrente da incorporação de ações, a partir da relação entre o enquadramento jurídico da situação como sub-rogação real.

Para isso, será feita uma análise comparativa entre os critérios do antecedente da regra matriz de incidência e a descrição do procedimento da incorporação de ações.

4.1. ASPECTOS GERAIS DA HIPÓTESE REVELADA PELO ANTECEDENTE DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Nesta última parte do trabalho, serão abordados os aspectos, na linguagem usada por Luis Eduardo Schoueri (2017 p. 542-551), ou critérios, na denominação de Paulo de Barros Carvalho (2017 pp. 277-287), relativos à formação da relação jurídico-tributária, que pode gerar uma obrigação de pagar para o contribuinte em contraponto com a possibilidade de constituição de um crédito por parte do estado, isso tendo em escopo o antecedente da regra matriz de incidência e a obrigação principal apenas.

Essa relação se fundamenta na semelhança entre a descrição de um fato do mundo real, com a linguagem descritiva da hipótese tributária, utilizada pelo legislador na construção do antecedente e do consequente da regra matriz de incidência tributária, tal didática para observação do fenômeno da incidência tributária, é brilhantemente apresentada pela obra de Paulo de Barros Carvalho (2017 pp. 257-277) e esmiuçada nas valiosas palavras de Luis Eduardo Schoueri

(2017 pp. 523-542), e servirá de base para as explicações que se intenta construir aqui.

Vale ressaltar que, para Schoueri (2017 p. 542), os termos aspectos e critérios gozam de certa equivalência semântica, por se referirem igualmente a partes interligadas de um todo, o autor critica o uso to termo elementos, pois pressupõe a ideia de existência de partes sem qualquer relação de dependência entre si tendo em comum apenas o fato de pertencerem a um mesmo conjunto, neste trabalho, adotar-se-ão os primeiros termos, por apresentarem denotação aparentemente mais acertada.

Feitos os esclarecimentos necessários, passa-se a discorrer sobre a relação jurídico-tributária. Essa relação, no caso específico do imposto de renda, se forma primeiramente em virtude da competência dada pela constituição (art. 146, inc. III, alínea “a” e art. 153, inc. III), à União, para definir, instituir e arrecadar esse imposto, que tem sentido orientado pelo art. 43 do CTN e foi instituído em leis federais (4.506/64, 7.713/88, 9.250/95, etc.), com regulamentação compilada na legislação (Dec. 3.000/99), e é arrecadado por órgão competente da esfera federal (RFB). Em segundo lugar, é necessário que a linguagem descritiva de uma situação de fato possua relação de amoldamento com a hipótese de incidência descrita na lei e cujo delineamento é pormenorizado na legislação tributária.

Nesse sentido, é interessante o recurso à leitura das palavras de Hugo de Brito Machado (2013 p. 124), cuja explicação sobre a construção da relação jurídico-tributária é a seguinte:

A relação tributária, como qualquer outra relação jurídica, surge da ocorrência de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir esse efeito. Em virtude do princípio da legalidade, essa norma há de ser uma *lei* em sentido estrito, salvo tratando-se de obrigação acessória, como adiante será explicado. A lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma relação entre alguém e o Estado. Ocorrido o fato, que em direito tributário denomina-se *fato gerador*, ou *fato impositivo*, nasce a relação tributária, que compreende o *dever* de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o *direito* do Estado (sujeito ativo da obrigação tributária). O *dever* e o *direito* (no sentido do direito subjetivo) são efeitos da incidência da norma.

Para um aprofundamento da análise da relação entre o fato jurídico e a descrição legal capaz de abarcá-lo, traz-se a análise dos critérios material, temporal e espacial, conforme exposto na obra de Luis Eduardo Schoueri (2017).

No entendimento do autor, corroborando o anteriormente firmado por Paulo de Barros Carvalho (2017), o aspecto material da hipótese tributária está centrado em um verbo seguido de seu complemento, assim um fazer, dar ou, simplesmente ser (remetendo à ideia de um estado de alguém, ou de alguém em relação a algo) junto com seus predicados é que formam o critério material que, por sua vez, em relação ao imposto sobre a renda, encontra-se no texto onde o verbo é “aquisição” e o complemento “de disponibilidade econômica ou jurídica de renda”, contando ainda com maior complementação de conteúdo nos incisos subsequentes. Do CTN (art. 114) também se extrai a regra consagradora desse critério material definido em lei como necessário à existência do fato gerador.

Este critério revela importância de maior profundidade do que os outros, pois sem a ocorrência de um verbo e seu complemento, não se pode falar na existência de um fato jurídico tributário, considerando que na descrição da hipótese o verbo é de nuclear relevância, assim, sem aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda não há possibilidade de cabimento na hipótese de incidência do imposto de renda.

O critério temporal, diz respeito ao momento, estabelecido por lei, em que serão considerados consumados os fatos jurídicos tributários e que, portanto, se dirá constituída a obrigação tributária.

Nos termos do exemplo trazido por Schoueri, citando Alcides Jorge Costa, esta seria a relação entre o aspecto temporal e o imposto de renda:

Assim, se para o Imposto de Renda exige-se um acréscimo patrimonial, este somente poderá ser medido mediante a comparação da situação patrimonial em dois momentos diversos. Neste sentido é que Alcides Jorge Costa diz ser possível “classificar os fatos geradores, e esta classificação tem importância prática, em fatos geradores em que o elemento tempo é irrelevante, e fatos geradores em que o elemento tempo é relevante, tem relevância jurídica”.

Por fim, o aspecto espacial da hipótese de incidência tributária traz ponderação acerca dos limites do exercício da competência tributária pelo estado em relação ao território onde determinada norma seja aplicável.

No que diz respeito ao Imposto de Renda conforme o §2º do art. 43 do CTN, essa competência para aplicação de norma tributária é estendida também àqueles rendimentos provenientes do exterior, revelando a importância da definição desse

aspecto da hipótese de incidência para a aplicação prática da norma tributária.

Schoueri (2017 p. 542-543) ainda faz uma ressalva em relação ao aspecto pessoal presente no antecedente da regra matriz de incidência tributária, distanciando-se um pouco da proposta de Paulo de Barros Carvalho (2017), onde o antecedente da regra teria relação apenas com os critérios material, temporal e espacial. Para Schoueri é indispensável recordar a existência de casos onde não haverá relação da hipótese com o fato jurídico ainda no antecedente da regra matriz, em virtude de imunidade pessoal do sujeito passivo, não podendo o estado ocupar o polo ativo de uma relação obrigacional por ser ela inexistente, sem sujeito passivo (sendo este imune) não há relação jurídica tributária manifesta no antecedente da regra, pois, apesar de estarem presentes os aspectos material, temporal e espacial, a hipótese tributária seria afastada em virtude da pessoa a quem se relaciona o fato gozar de imunidade para aquele fato em escopo.

4.2. A NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NA MUTAÇÃO PATRIMONIAL RESULTANTE DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES POR SER SUB-ROGAÇÃO REAL

Considerando uma descrição jurídica detalhada da incorporação de ações, ou seja, considerando o encadeamento lógico dos fatos e a correta denominação jurídica destes fatos, pode-se dizer que o que ocorre no patrimônio do acionista é uma sub-rogação real, e não uma alienação.

A incorporação de ações, cujo procedimento já foi anteriormente detalhado neste trabalho, envolve, em primeiro lugar, a aprovação de duas assembleias gerais distintas, uma da companhia que irá incorporar as ações e outra da companhia que terá a totalidade de suas ações incorporadas, todavia, antes que a operação seja aprovada é necessário que tenha sido feita a avaliação das ações por peritos nomeados pela incorporadora, para que o valor que será posteriormente integralizado reflita em realidade o montante de capital a ser subscrito por ela. Uma vez aprovada a realização da incorporação de ações, está formada a relação contratual da qual são partes as duas companhias, e não seus acionistas, a efetivação da incorporação das ações é realizada pela diretoria, em nome da companhia, que leva essas ações à incorporadora, Ávila (2015 p. 288).

Após a subscrição e integralização do aumento de capital é que se verifica a proporção desse aumento, em relação ao novo total do capital da incorporadora, para então emitir novas ações que serão distribuídas entre os acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas, essa distribuição acontecerá de modo equivalente à distribuição das ações dessa companhia antes da incorporação, assim, o valor das novas ações não tem que guardar relação de igualdade, por ser na verdade, considerado em relação de proporção no montante formado pelos dois capitais sociais juntos. Em virtude dessa ausência de relação de igualdade e existência de relação de proporção, não se identifica, na descrição da operação, a alienação das ações pela transferência de propriedade pelos acionistas com recebimento de preço, se verifica muito mais claramente uma substituição patrimonial em virtude do mandamento expresso no art. 252 da Lei 6.404/76, ou seja, uma sub-rogação real legal, Eizirik (2015 p.297).

Essa descrição, combinada com o aspecto material de “aquisição de disponibilidade econômica de renda como produto do capital”, bem como pelo §3º do art. 3º da Lei 7.713/88 (na apuração de ganho de capital são consideradas as operações que importem alienação a qualquer título), faz resultar no afastamento da construção de uma relação jurídico-tributária, em virtude de não poder ser enquadrada esta na hipótese de incidência.

Em outras palavras, não haveria ganho de capital a ser apurado por não se tratar de alienação, e sim de sub-rogação real, e com isso, não estaria configurado o aspecto material da hipótese tributária, ou seja, o não haveria relação entre o verbo, e seu complemento, com o fato juridicamente descrito na incorporação de ações, não se podendo, portanto, falar em aquisição de disponibilidade econômica de renda como produto do capital, restando, como única opção, o afastamento de incidência tributária por Imposto de Renda pela inexistência de uma relação jurídica que o justifique.

4.3. O PROBLEMA REMANESCENTE DA SEMELHANÇA NUCLEAR ENTRE OS RESULTADOS PATRIMONIAIS DA PERMUTA E DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A despeito de toda a exposição feita no presente trabalho, poderia ser

suscitada ainda a existência de um problema que permaneceria não solucionado, entretanto, para que este problema seja vislumbrado, exige-se que o observador, reduza a sua visão jurídica da mutação patrimonial, ocorrida em virtude da operação de incorporação de ações, a tal ponto que exclua a incorporação de ações do seu foco de observação e considere unicamente a perspectiva da relação jurídica entre o acionista, da companhia cujas ações foram incorporadas, e suas novas ações sub-rogadas no lugar das antigas.

Com isso, considerando em primeiro lugar, que o resultado da operação de incorporação de ações implica o recebimento, não de dinheiro, mas de novas ações e, em segundo lugar, que em um determinado caso as ações recebidas tenham valor maior do que as incorporadas, pode ser possível afirmar que haveria semelhança com o resultado de uma permuta de ações, em que o valor das ações recebidas seja maior que o das entregues, e assim poder-se-ia enxergar certa equivalência entre as duas situações, e como consequência disso levantar o questionamento a respeito de qual seria a justificativa para a diferenciação de tratamento tributário entre as duas ocasiões, uma vez que a permuta é considerada como alienação para verificação de ganho de capital tributável por imposto de renda e a sub-rogação não o é.

Contudo, reitera-se a afirmação de que para poder levantar tal questionamento é necessário desconsiderar todas as características essenciais que, com larga distância, diferenciam os dois eventos, afinal, permuta é modalidade de alienação e sub-rogação não é. Além disso, a permuta de ações é um contrato oneroso no qual objetiva-se a troca de umas ações por outras que possam representar seu preço, configurando uma relação direta de transferência de propriedade contraposta pelo recebimento de seu respectivo preço, em outros termos, alienação por definição. A sub-rogação de ações, por outro lado, é reflexo da incorporação contratada entre sociedades, Ávila (2015), e aqui há uma diferença essencial em relação à permuta, pois a incorporação de ações é realizada sem participação direta dos acionistas, já a permuta de ações, ou de quaisquer outros bens, só acontece com o estabelecimento de uma relação contratual direta, Pontes de Miranda, Tomo XXXIX (2012 p. 458).

Por fim, como resultado da incorporação de ações há a substituição de umas ações, devidamente avaliadas, por outras, originalmente emitidas com relação apenas proporcional, e não equivalente, em relação à avaliação das ações

incorporadas, desse modo, não há alienação e tampouco permuta, tratando-se, em verdade, de uma sub-rogação real, sobre a qual não deve incidir Imposto de Renda.

CONCLUSÃO

Inicialmente, neste trabalho, foram vistos vários conceitos de renda, para, posteriormente, poder aproximar-se daqueles que foram escolhidos pelo legislador brasileiro para ocuparem o lugar de complemento do verbo no aspecto material do antecedente da regra matriz da hipótese de incidência tributária, esses conceitos são o de renda como fruto ou produto de algo, que pode ser trabalho ou capital, e o conceito mais abrangente de renda como acréscimo patrimonial.

Com isso, chegou-se à conclusão de que a alteração patrimonial, resultante de uma incorporação de ações, só poderia aproximar-se de uma noção de renda tributável se fosse no sentido de aquisição de disponibilidade de renda como produto do capital.

No segundo capítulo foram trazidos, com abrangência geral, os conceitos de alienação e sub-rogação para, no terceiro capítulo detalhar a descrição do procedimento e efeitos da incorporação de ações. A partir da análise comparativa entre os conceitos acima mencionados e o procedimento da operação de incorporação de ações foi possível concluir que, de fato, não há semelhança marcante que justifique o enquadramento dessa situação como alienação, ocorrendo, por outro lado, enquadramento de marcado contraste entre a incorporação de ações e uma sub-rogação real.

Por fim, foram apresentados os critérios da hipótese tributária extraídos do antecedente da regra matriz de incidência, conforme delimitados na obra Paulo de Barros Carvalho e tratados por Schoueri, que, ao serem verificados em um fato jurídico, são capazes de constituir relação jurídica entre fato e hipótese, gerando a obrigação tributária.

De modo que, ao se relacionar esses critérios com a descrição da mutação patrimonial, ocorrida para os acionistas da companhia cujas ações foram incorporadas, o resultado obtido foi que, ao ser considerada a mutação patrimonial como espécie de alienação, haveria de ser cobrado o Imposto de Renda sobre o ganho de capital, entretanto, por ser possível verificar semelhança muito mais marcante entre a mutação patrimonial decorrente da incorporação de ações e uma sub-rogação real, restaria afastado o critério material da hipótese tributária, e, portanto, afastada também a incidência tributária do Imposto de Renda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro/ Luciano Amaro** – 15. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDREWS, William D. “**A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax.**” *Harvard Law Review*, vol. 87, no. 6, 1974, pp. 1113–1188. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1340076.

ÁVILA, Humberto. **Contribuições e Imposto Sobre a Renda. Estudos e Pareceres** – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. **Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CARVALHOSO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário/ Paulo de Barros Carvalho.** – 28. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedade anônima, 4ª volume: tomo II: arts. 243 a 300: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, e da Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013/ Modesto Carvalhosa.** – 5. Ed. rer. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada.** Volume IV – 2ª Edição Revisada e Ampliada – Artigos 206 a 300. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

ESSERS, Peter H. J., RIJKERS, Arie. **The Notion of Income from Capital (EATLP International Tax).** – 1ª ed. – Publisher: IBFD Publications, The Netherlands, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário / Kiyoshi Harada.** – 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Tese: O Imposto de Renda e os Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade.** – São Paulo: Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** – 34ª ed. rer. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial/** Atual. Carlos Henrique Abrão – 37ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MIRANDA, Pontes de (1982-1979). **Direitos das obrigações: efeitos das dividas e das obrigações, juros —** / Pontes de Miranda; atualizado por Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. — (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 24).

MIRANDA, Pontes de (1982-1979). **Direitos das obrigações: efeitos das dividas e das obrigações, juros —** / Pontes de Miranda; atualizado por Claudia Lima Marques. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. — (Coleção tratado de direito privado: parte especial; 39).

OLIVEIRA, Ricardo Matriz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos.** – São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo** / Leandro Paulsen. – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. III** / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. IV** / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para Fins do IRPJ – Série Doutrina Tributária Vol. VII** – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário/** Luís Eduardo Schoueri. – 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Conceito de Renda e o Artigo 43 do Código Tributário Nacional: Entre Disponibilidade Econômica e Disponibilidade Jurídica/** Luís Eduardo Schoueri. – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica (Controvérsias jurídicas e contábeis)** / Luís Eduardo Schoueri. – São Paulo: Dialética, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4 : Direito das Coisas** / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.