

# **A INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO SOBRE A RENDA NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES**

## **THE ABSENCE OF CAPITAL GAIN TAX BY INCOME TAX IN THE INCORPORATION OF SHARES**

**Armando Zanin Neto\***

**José Luiz Crivelli Filho\*\***

### **RESUMO**

Este estudo tem como objetivo demonstrar que não há ganho de capital, passível de tributação pelo imposto sobre a renda das pessoas físicas, nas operações de incorporação de ações. Para que se atinja o objetivo proposto, exsurge a necessidade de se construir o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza”, à luz das diretrizes do Texto Constitucional, verificar a definição dada pelo legislador à luz do Código Tributário Nacional e o critério material da regra-matriz de incidência tributária deste tributo, fixando os limites à sua tributação. Não obstante, impõe-se uma análise mais detida sobre a incorporação de ações, tais como suas características, o procedimento para sua efetivação e os efeitos que ela provoca em relação às empresas envolvidas na operação societária e os acionistas da incorporada. A análise de casos práticos do CARF demonstrará a divergência existente e as posições do fisco e dos contribuintes. Ao final, demonstrar-se-á que na incorporação de ações há mera substituição de papéis e não alienação sujeita à apuração de ganho de capital, visto que o acionista da incorporada recebe ações emitidas pela incorporadora, sem que se verifique qualquer acréscimo efetivo ao seu patrimônio, não se realizando, portanto, o critério material da regra-matriz do imposto sobre a renda.

**PALAVRAS CHAVE:** IMPOSTO SOBRE A RENDA; PESSOA FÍSICA; INCORPORAÇÃO DE AÇÕES; GANHO DE CAPITAL.

### **ABSTRACT**

This study aims to demonstrate that there is no capital gain subject to taxation by the income tax of individuals in the incorporation of shares. In order to achieve the proposed goal, arises the need to build the constitutional concept of "income and earnings of any nature," in accordance of the guidelines of the constitutional text, as well as its definition in the tax code and the substantive test of the legal norm of this tax, setting the limits on income taxation.

---

\* Advogado e Professor de graduação e pós-graduação em direito tributário (IBET). Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Mestre em Direito Público pela UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

\*\* Graduado em Ciências Jurídicas pela UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP – Universidade de São Paulo. Advogado. *E-mail:* jl.crivelli@hotmail.com.

Nevertheless, it is needed a more careful analysis of the incorporation of shares, such as their characteristics, the procedure for its implementation and the effects it causes in relation to the companies involved and the shareholders of the merged company. The analysis of some *leading cases* of CARF will demonstrate the divergence and the positions of the tax authorities and taxpayers. Finally, it will be possible to demonstrate that the merger of shares is mere replacement of paper and not an alienation subject to calculation of capital gain, as the shareholder of the merged company receives shares issued by the developer, without any addition to its effective equity, not realizing thus the substantive test of the legal norm of tax income.

**KEYWORDS:** INCOME TAX; INDIVIDUALS; MERGER OF SHARES; CAPITAL GAIN.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo possui objetivo singelo: analisar se a operação de incorporação de ações enseja ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda em relação ao acionista da incorporada que recebe da incorporadora, em substituição aos papéis a ela transferidos, novas ações. A questão já foi discutida no âmbito do antigo Conselho de Contribuintes e da CSRF – Câmara Superior de Recursos Fiscais – órgão máximo de julgamento na órbita federal – tendo restado definido que a operação citada se amolda ao critério material da hipótese de incidência da norma do imposto sobre a renda. Recentemente, a 2ª Câmara do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em sede de Recurso Voluntário, entendeu que esse tipo de operação não enseja ganho de capital e, portanto, escapa do âmbito da hipótese de incidência do referido tributo<sup>1</sup>.

Em que pese o relevante precedente do CARF, a questão deverá ser novamente apreciada pela CSRF – Câmara Superior de Recursos Fiscais, a quem competirá dar a última palavra sobre o assunto, ao menos em âmbito administrativo.

Assim, para analisar a questão, dividimos este trabalho em quatro blocos. No primeiro bloco, construiremos o conceito constitucional de “renda e provento de qualquer natureza”, à luz do Texto Constitucional pressuposto, analisaremos a compatibilidade da definição deste conceito pelo CTN – Código Tributário Nacional e, por fim delimitaremos a hipótese de incidência possível do tributo e o critério material da regra-matriz de incidência, esperando, com isso, fixar os limites à tributação da renda.

No segundo bloco, vamos concentrar nossas atenções no instituto da incorporação de ações, verificando em que consiste esta operação e quais são os seus efeitos em relação às

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=14420](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=14420)>. Acesso em: 06.09.2013.

sociedades envolvidas e aos acionistas, pessoas físicas.

No terceiro bloco, após termos fixado as premissas necessárias, enfrentaremos o tema em foco, buscando demonstrar que na incorporação de ações não ocorre qualquer ganho de capital a permitir a incidência do imposto sobre a renda, mas mera permuta de ações, de modo que, inexistindo renda tributável, não há qualquer possibilidade de incidência da norma jurídica que veicula sua regra-matriz de incidência.

No último bloco, traremos síntese conclusiva, ratificando que a operação de incorporação de ações não gera qualquer ganho tributável para os acionistas da empresa incorporada, que recebem ações da incorporadora e passam a ser acionistas dela, de modo que não há que se tributar eventual saldo positivo entre o valor das ações da incorporada e o valor das novas ações recebidas pela incorporadora, porquanto trata-se de mera troca, substituição ou permuta, que escapam do âmbito do imposto sobre a renda.

## **1. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E OS LIMITES À SUA TRIBUTAÇÃO**

No âmbito da Ciência do Direito, discute-se se o legislador constituinte teria repartido as competências tributárias mediante emprego de tipos ou conceitos. Aqueles consistiriam em modelos abertos e flexíveis, que não só ampliariam a liberdade de atuação do legislador infraconstitucional, como também permitiriam uma maior inclusão de elementos, de acordo com as mutações da economia e da contabilidade; estes, por sua vez, consistiriam em noções fechadas, com notas rígidas e irrenunciáveis, que delimitariam a liberdade do legislador infraconstitucional na definição da hipótese de incidência da norma jurídica.

Misabel Derzi, em clássico e brilhante estudo sobre o tema, aparta com maestria os tipos dos conceitos:

De um lado, encontramos o tipo como ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade. Nele, os objetos não se subsumem mas se ordenam, segundo método comparativo que gradua as formas mistas ou transitivas.

De outro lado, observamos os conceitos fechados que se caracterizam por denotar o objeto através de notas irrenunciáveis, fixas e rígidas, determinantes de uma forma de pensar seccionadora da realidade, para a qual é básica a relação de exclusão ou...ou. Através dessa relação, calcada na regra de identidade, empreendem-se classificações com separação rigorosa

entre espécies<sup>2</sup>.

Do escólio da jurista mineira percebe-se que os tipos são abertos e fluídos, devendo o fato corresponder “mais ou menos” às notas que o compõem, enquanto os conceitos são fechados e rígidos, de modo que ou os fatos a ele correspondem totalmente – e, portanto, se subsumem ao conceito – ou não<sup>3</sup>.

Paulo Ayres Barreto manifesta-se no sentido de que “o legislador constituinte discriminou a competência impositiva mediante referência a conceitos determinados”<sup>4</sup>, pois pensar em contrário implicaria “esvaziar, por completo o esforço do constituinte de 1988 na repartição das competências impositivas”<sup>5</sup>. Em defesa dos tipos, Luis Eduardo Schoueri afirma que “o constituinte de 1988 não tinha a ilusão de que aquele elenco apresentasse limites rígidos. Ao contrário, sabia ele que se tratavam de expressões fluídas, que por vezes implicariam uma interpenetração, possibilitando, até mesmo, o nascimento de conflitos de competência”<sup>6</sup>.

A Constituição da República de 1988 outorgou competência tributária aos entes federativos por meio de regras compostas por expressões que denotam riqueza tributável (os “fatos-signos presuntivos de riqueza”, conforme expressão cunhada por Alfredo Augusto Becker). Dada a vaguidão e a ambiguidade dos vocábulos, é patente a dificuldade de se precisar, semanticamente, o que deve ser entendido por “renda e proventos de qualquer natureza”, “faturamento”, “receita”, “salários”, dentre outros.

Não cabe, nos estritos limites deste estudo, nos aprofundarmos em tão tormentosa e importante discussão sobre a utilização de tipos ou conceitos. Fixamos como premissa que o legislador constituinte se utilizou de conceitos fechados e determinados, que vinculam a atividade do legislador infraconstitucional, como forma de se garantir a segurança jurídica e a legalidade. Quis o legislador constituinte repartir, com rigidez e precisão, o espaço de tributação de cada ente federativo, evitando, desta forma, conflitos de competência. Se com a rígida discriminação de competências tributárias, vemos a todo o tempo situações de bitributação, certamente a adoção de tipos aumentaria, sobremaneira, as invasões de

---

<sup>2</sup> DERZI, Misabel. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988, p. 84.

<sup>3</sup> Humberto Ávila também distingue os conceitos dos tipos. Para o autor “a distinção entre o tipo e conceito se caracteriza normalmente por duas peculiaridades. Em primeiro lugar, pela *espécie de combinação dos elementos distintivos*, pois o tipo representa uma “totalidade” “graduável” e “aberta”, ao passo que o conceito constata uma “rígida” “soma de elementos distintivos”, a qual um conjunto de fatos pode ou não ser subsumido. Em segundo lugar, pelo *método da sua aplicação*, pois um conjunto de fatos pode ser “mais ou menos” atribuído a um tipo, ao passo que o conceito somente se deixa subsumir “integralmente”. (Sistema Constitucional Tributário, p. 176).

<sup>4</sup> BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: Limites Normativos**. São Paulo: USP, 2008, p. 73.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 73.

<sup>6</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

competência.

A conclusão, até aqui parcial, é a de que os conceitos constitucionais não poderão ser alterados pelo legislador infraconstitucional, a quem caberá, tão somente, defini-lo por meio de instrumento normativo próprio (a Lei Complementar prevista no artigo 146 da Lei Constitucional de 1988, que será objeto de análise em tópico próprio). Qualquer atuação que extrapole o conceito constitucional, implica reconhecimento do vício de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária.

A regra prevista no inciso III do artigo 153 da Constituição da República de 1988, outorga competência à União para instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza”. Nesse diapasão, cumpre-nos construir o conceito constitucional de renda<sup>7</sup>, fixando as balizas constitucionais à atuação do legislador infraconstitucional.

Em sua acepção de base, identificamos no vocábulo “renda” diversos significados que nos orientam neste trabalho de construção de sentido; dentre elas, destacamos: **(i)** produto anual ou mensal de propriedades rurais ou urbanas, de bens móveis ou imóveis, de benefícios, capitais em giro, empregos, inscrições, pensões etc.; produto, receita, rendimento; **(ii)** rendimento líquido depois de deduzidas as despesas materiais. **(iii)** totalidade dos rendimentos que entram num cofre geral. **(iv)** importância superior a determinado limite e estabelecida pelas leis fiscais como rendimento da atividade econômica do indivíduo<sup>8</sup>. Por sua vez, o vocábulo “provento” tem como acepção de base os significados de “ganho”, “lucro”, “proveito” ou “rendimento”. Trata-se de espécie do gênero, “renda”.

Como se percebe, a acepção de base é insuficiente para que se conceitue juridicamente “renda e proventos de qualquer natureza”. Cumpre analisar a regra do artigo 153, III, com outras regras e princípios do Texto Constitucional. Não obstante, é decisivo apartar a palavra “renda” de outros vocábulos, que dela se aproximam ou, ao menos, tangenciam-na. Não cabe realizar exame detalhado, porquanto foge ao âmbito deste trabalho, contudo, é importante distanciar “renda” de “faturamento”, “receita”, “patrimônio”, “capital”, “ganho”, “rendimentos” e “lucro”.

“Faturamento” é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal de 1988 para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não podendo ser confundida com o vocábulo ora investigado. Faturamento consiste no ato ou efeito de faturar, isto é, extrair uma fatura relacionada à uma venda mercantil ou prestação de

---

<sup>7</sup> Por entendermos que “proventos de qualquer natureza” incluem-se na noção de renda, ao utilizarmos isoladamente este vocábulo queremos abranger a locução completa.

<sup>8</sup> Dicionário Michaelis. Disponível em: <michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 06.09.2013.

serviço, conforme disposto na Lei nº 5.474/68. Trata-se de conceito oriundo do direito privado incorporado pelo legislador constituinte. A riqueza tributável consiste na soma dos valores auferidos constantes nas faturas emitidas. Não se confunde, portanto, com “renda”.

“Receita” também é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, *b*, do Diploma Constitucional, constituindo gênero do qual o “faturamento” é uma espécie. Na lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>9</sup>:

*Receita* é a entrada que, integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vem acrescer seu vulto como elemento novo positivo. Assim, quando o particular vende determinado bem que lhe pertence, o dinheiro recebido é receita, uma vez que altera a situação patrimonial do vendedor.

O emprego do vocábulo deixa clara a diferença existente entre “renda” e “receita”, conquanto a presença daquela pressuponha a existência desta.

O legislador constituinte também diferencia “patrimônio” de “renda”. Isso fica nítido, por exemplo, pelo disposto no artigo 150, VI, *a* e *c* e os §§1º, 2º e 4º, do Texto Constitucional, em que são mencionados no mesmo enunciado, denotando conteúdo semântico diverso. Trata-se de conceito oriundo do direito privado, que designa o conjunto de bens e direitos de determinada pessoa, física ou jurídica (pública ou privada), estaticamente considerados.

Renda também não se confunde com “capital”, que é empregada pelo constituinte como espécie de investimento permanente. É quantia, pertencente ao patrimônio de um indivíduo, utilizada para produzir bens de capital (juros, correção monetária, lucro, dentre outros).

“Ganho” e “rendimentos” consistem em entradas no patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, mas também não podem ser equiparadas à renda, visto que a Lei Maior de 1988 também as utiliza em acepção, muito similar ao de receita.

“Lucro”, por fim, consiste no resultado positivo de uma determinada atividade econômica, obtida por uma pessoa física ou jurídica. O lucro é materialidade empregada pelo constituinte para fins de custeio da seguridade social por meio de contribuição (artigo 195, I, *c*). Para José Artur Lima Gonçalves<sup>10</sup>, trata-se de “noção parcial em relação à renda”.

Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º,

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Noeses, 2009, p. 811.

<sup>10</sup> GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda** – Pressupostos constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178.

XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária. Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda – acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial.

Nesse diapasão, parece-nos que o vocábulo em estudo só pode significar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, obtido após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo. O conceito em tela distingue-se principalmente da noção de “patrimônio” (que é o conjunto estático de bens) e de “receita” (ingresso patrimonial), vez que sua configuração depende da dedução de determinadas saídas. Do contrário, ter-se-ia renda como sinônimo de receita.

Posto isso, cabe analisar se a definição do conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” realizada pelo legislador nacional complementar, é compatível com a regra de competência do artigo 153, III, da Carta Magna de 1988.

### **1.1. A definição de “renda e proventos de qualquer natureza” contida no CTN**

Cabe à Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, *a*, da Constituição da República, definir os conceitos constitucionais, a fim de delimitar e balizar o legislador ordinário na expedição da regra-matriz de incidência dos tributos de sua competência. O legislador complementar, portanto, deve se ater ao conceito constitucional de renda, sem prejuízo das demais limitações formais e materiais ao poder de tributar previstas na Carta Magna de 1988.

Nesse diapasão, o legislador complementar definiu o conceito de renda, conforme o artigo 43, I e II, do CTN – Código Tributário Nacional:

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.

A definição do legislador complementar coaduna-se com o conceito constitucional de renda construído, razão pela qual inexistente incompatibilidade vertical. O legislador ordinário poderá eleger como hipótese de incidência do tributo em análise a conduta pela qual o contribuinte auferir um acréscimo patrimonial em caráter definitivo, seja ele enquadrado na definição de renda (definida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) ou de proventos de qualquer natureza (todo e qualquer acréscimo que não advinha do capital ou do trabalho, tais como alugueis, *royalties*, dentre outros).

A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade – econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste capacidade econômica para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo.

Traçamos o conceito constitucional de renda, que vincula o legislador complementar na definição deste conceito. Outrossim, constatamos que a definição do artigo 43 do CTN não viola o conceito constitucional pressuposto. Circunscrito o espaço de atuação do legislador ordinário, nossa próxima missão é verificar o critério material por ele eleito, na configuração da hipótese de incidência do tributo, posto no antecedente da norma jurídica de incidência.

## **1.2. O critério material da hipótese de incidência da norma jurídica do imposto sobre a renda das pessoas físicas**

A regra-matriz de incidência tributária é instrumento de grande importância para a análise da estrutura da norma jurídica. A fim de não desviarmos do objetivo proposto, deteremos nossa análise apenas no critério material, relevante para as conclusões que pretendemos alcançar.



O critério material da hipótese da norma tributária é sempre formado por um verbo e seu complemento, a indicar uma conduta do sujeito passivo do gravame que, uma vez realizada em coordenadas de espaço e tempo, implicam na consequência jurídica<sup>11</sup>.

A Lei nº 7.713/88, com a complementação das Leis nº 9.249/95 e 9.250/95, traz os critérios da norma jurídica do imposto sobre a renda das pessoas físicas. Os atos normativos mencionados dispõem que o tributo é devido mensalmente (sendo retido na fonte ou recolhido a título de antecipação) e, somente *a posteriori* é realizado o encontro entre as entradas e as saídas, a fim de se verificar se houve ou não saldo positivo (renda), passível de tributação.

Merece destaque o ganho de capital, que consiste, nas palavras de José Ribamar Barros Penha, na “diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição”<sup>12</sup>. Configura um rendimento que modifica o patrimônio do contribuinte, conforme dispõem os §§2º e 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88. Desta forma, quando há alienação de bens ou direitos, verifica-se se há saldo positivo entre o preço recebido e o custo da aquisição do bem. Nesse caso, o tributo é cobrado à alíquota de 15% (quinze por cento), mediante tributação exclusiva e definitiva na fonte<sup>13</sup>.

Basicamente, portanto, a situação fática que gera a incidência do tributo consiste em auferir a renda, o que, em nosso entendimento, somente se verifica no momento do ajuste anual, quando se torna possível realizar o encontro de contas entre as entradas e as saídas. Diferentemente, no caso de ganho de capital na alienação de um bem ou direito, a apuração é imediata, de modo que, verificado saldo positivo, impõe-se a tributação deste acréscimo patrimonial.

## 2. A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

### 2.1. Características

Delimitada a situação de fato que faz surgir a relação jurídica, pela qual o sujeito passivo fica obrigado a recolher o imposto sobre a renda aos cofres da União, o próximo passo consiste em analisar em que consiste a incorporação de ações, seu procedimento e os

---

<sup>11</sup> Sobre o critério material ver CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 324-327.

<sup>12</sup> PENHA, José Ribamar Barros. **Imposto de Renda Pessoa Física: Norma, Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed.atual.ampl. São Paulo: MP Editora, 2011, p. 216.

<sup>13</sup> Entendemos que a tributação exclusiva na fonte gera distorções – para mais ou para menos – na apuração da renda tributável, o que não se conforma com a regra da universalidade positivada pela Constituição da República de 1988.

seus efeitos.

A incorporação de ações foi positivada pela Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), encontrando-se inserida na Seção V (Subsidiária Integral) do Capítulo XX (Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas), estando regulamentada no artigo 252, cujo *caput* dispõe:

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 justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

Na incorporação de ações, a empresa incorporadora absorve as ações do capital social da empresa incorporada, tornando-a sua subsidiária integral, cuja existência é plenamente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, *ex vi* do artigo 251 do mesmo Diploma. As subsidiárias integrais são sociedades que têm como único acionista uma sociedade brasileira.

De pronto, verifica-se que esta operação societária não se confunde com a incorporação de sociedades, na qual a empresa incorporada é extinta em razão da versão de todo o seu patrimônio à sociedade incorporadora (artigos 219, II e 227 da Lei nº 6.404/76).

Na operação ora estudada, a empresa incorporada não é extinta, tornando-se subsidiária integral da incorporadora, vez que não há absorção de seu patrimônio, mas sim das suas ações, o que torna a empresa incorporadora, sua única acionista. Ao contrário, na incorporação tradicional, a sociedade incorporada desaparece, vez que seu patrimônio – e não as suas ações – são absorvidos pela sociedade incorporadora.

Fábio Ulhoa Coelho<sup>14</sup> pontua bem essa diferença, vejamos:

A incorporação não se confunde com a incorporação de ações, esta última uma operações disciplina pelo art. 252 da LSA, referente à conversão de sociedade anônima em subsidiária integral. Na incorporação de ações, todas as ações do capital social de uma companhia são transferidas ao patrimônio de uma sociedade comercial, que passa à condição de sua única acionista. É indispensável que essa sociedade, detentora de todo o capital social da anônima, seja brasileira.

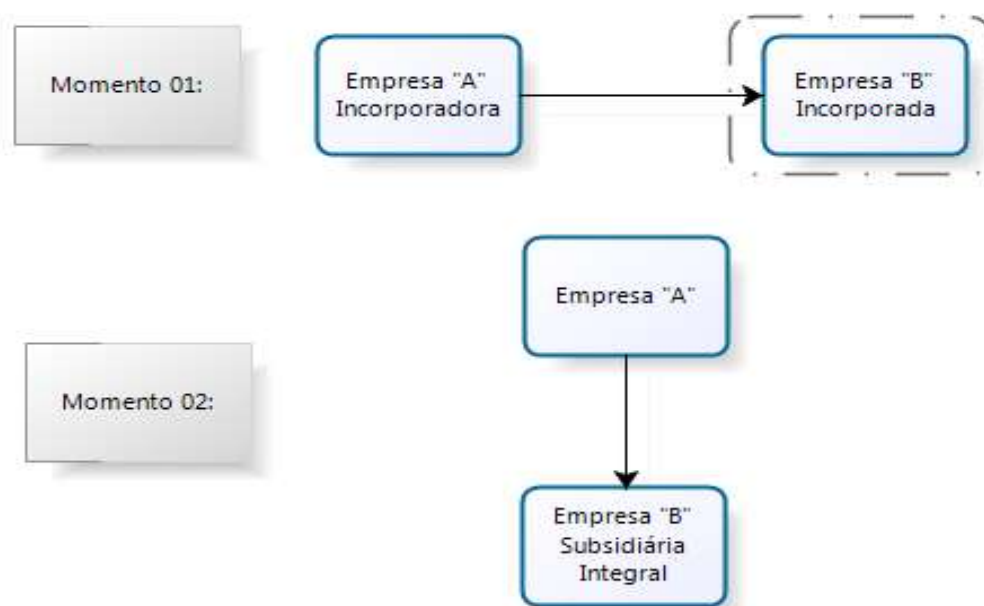
Em homenagem à didática, vejamos como sucede a incorporação de uma sociedade pela outra, nos termos dos artigos 219, II e 227 da Lei das Sociedades Anônimas:

---

<sup>14</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 20ª ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 222.



Situação diversa ocorre na incorporação de ações, em que a empresa “B” não é absorvida pela empresa “A”, tornando-se sua subsidiária integral:



A incorporação de ações possui as seguintes particularidades: **(i)** depende de aprovação em assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação; **(ii)** enseja um aumento de capital social na sociedade incorporadora por meio das ações da incorporada; **(iii)** permite que os acionistas dissidentes retirem-se da sociedade, recebendo a título de reembolso o valor de suas ações, desde que observadas as disposições legais a respeito; e **(iv)** depende de avaliação das ações a serem incorporadas.

A seguir, de maneira breve, buscaremos analisar o procedimento desta operação para, posteriormente, verificar os efeitos que geram.

## 2.2. Procedimento

A decisão pela realização da incorporação de ações depende, como dissemos, de deliberação em assembleia-geral das duas companhias, mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225 da LSA. Interessante notar que estes dispositivos, respectivamente nos incisos I e III, falam em “substituição” dos direitos e ações dos sócios que serão extintos, o que será relevante para o deslinde deste estudo.

Aprovada a incorporação, cabe à sociedade incorporadora autorizar o aumento de seu capital social, por meio das ações incorporadas, nomeando peritos que procederão à avaliação destes títulos (§2º do artigo 252 da LSA). Os sócios que não concordarem com a incorporação, poderão retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações, observados os artigos 137, II e 230 do Diploma em referência. De outro lado, à sociedade cujas ações serão incorporadas cabe 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”*, conforme o §3º do enunciado prescritivo mencionado. Assim como ocorre na sociedade incorporadora, os acionistas dissidentes poderão retirar-se, recebendo o reembolso de suas ações, observados os enunciados dos artigos 137, II e 230, acima mencionados.

Após a avaliação e entrega do respectivo laudo, efetiva-se a incorporação de ações. A incorporadora, ato contínuo, emite novas ações que são entregues aos acionistas da incorporada, na proporção que lhes couberem (§3º do artigo 252).

Dois momentos são cruciais nesta operação societária: a primeira, consiste na avaliação das ações da sociedade que serão incorporadas; a segunda, reside na substituição que é feita, visto que os acionistas da incorporada passam a ser acionistas da incorporadora, recebendo ações desta, de acordo com a avaliação realizada. A relação de substituição, portanto, ganha relevo como mencionamos no início deste tópico.

## 2.3. Efeitos da operação em relação à pessoa física

Os acionistas da pessoa jurídica incorporada, passam a ser acionistas da sociedade incorporadora, visto que aquela se torna subsidiária integral desta. Em síntese, a operação realizada equivale à um aumento de capital social realizado pela incorporadora, mediante a incorporação dos papéis da incorporada.

Diante disto, se cada ação da incorporadora vale R\$ 10,00 (dez reais) e as ações da

incorporada são avaliadas em R\$ 5,00 (cinco reais), é certo que um acionista da incorporada, detentor de 10 (dez) ações, receberá, em substituição, cinco ações ordinárias da incorporadora. É evidente que esta relação nem sempre será equivalente. Naturalmente, os novos acionistas da incorporadora podem, do valor das ações incorporadas, obter acréscimo, decréscimo ou manutenção dos respectivos valores, tudo a depender da avaliação realizada e do próprio contexto econômico em que se efetiva a operação.

Cumpre, por derradeiro, analisar se esta operação se amolda ao critério material da hipótese de incidência da norma tributária do imposto sobre a renda das pessoas físicas, isto é, se o acionista da incorporada, ao receber ações em valor superior àquelas que detinha na incorporada, obtém ganho de capital tributável.

### **3. INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL EM DECORRÊNCIA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES**

#### **3.1. As manifestações do CARF sobre o assunto**

Em 2008, o então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda analisou Recurso Voluntário interposto por contribuinte sobre o assunto. No Acórdão nº 106-17.105, a Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes cancelou lançamento tributário de imposto sobre a renda cobrado sobre suposto ganho de capital em razão de incorporação de ações.

No caso em tela, duas pessoas físicas eram sócias da empresa “Insol Ltda.”, cujo capital social era de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) cujo valor de cada quota era de R\$ 1,00 (um real), sendo que o contribuinte “A” detinha 1.380.000,00 (um milhão, trezentos e oitenta mil reais) quotas e o contribuinte “B” 120.000 (cento e vinte mil) quotas. De outro lado, a empresa “MSB Ltda.”, também possuía dois sócios e capital social de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Ambas as empresas, posteriormente, tiveram seu tipo societário alterado, tornando-se sociedades anônimas.

As ações da Insol foram avaliadas em R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), e foram incorporadas pela MSB, cujo capital social passou a ser de R\$ 45.003.000,00 (quarenta e cinco milhões, três mil reais).

Com o aumento de capital promovido na MSB, foram emitidas 45.000.000 ações, no valor de R\$ 1,00 (mesmo preço das ações da Insol) e, posteriormente, os sócios originais da

empresa MSB transferiram sua participação para um dos contribuintes. Desta forma, o contribuinte “A” passou a deter 41.403.000,00 (quarenta e um milhões, quatrocentos e três mil) ações e o contribuinte “B” 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil) ações. O fisco considerou que, ao realizar esta integralização (subscrição com bens), teria havido ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda.

Para o Fisco, o contribuinte teria reconhecido o ganho, porquanto foi atribuído novo valor às ações detidas, muito superior ao valor inicial (do capital social) ou com base no patrimônio líquido e, ademais, reconheceu que tratava-se de alienação de bens e direitos sujeitas à apuração de ganho de capital, aplicando-se as regras dos artigos 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88 e 23, §2º, da Lei nº 9.249/95, assemelhando-se a referida operação à uma alienação por meio da subscrição do capital social com ações.

O órgão de julgamento do Ministério da Fazenda, contudo, entendeu que não se tratava de alienação de bens ou direitos, porquanto teria ocorrido a mera “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”<sup>15</sup>. Outrossim, fixou-se a tese de que a incorporação de ações não pode ser equiparada à uma subscrição de capital em bens. Não haveria, portanto, alienação, mas mera substituição de uma participação societária por outra.

A questão foi levada à CSRF – Câmara Superior de Recursos Fiscais, que no Acórdão nº 9202-00.662, pelo voto de qualidade, alterou o entendimento firmado na instância inferior para reconhecer a existência de ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda. Justamente os argumentos do Fisco, afastados em sede de Recurso Voluntário, foram utilizados como razão de decidir por parte do órgão de julgamento. Entendeu a CSRF que “a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo”, e que os contribuintes teriam realizado subscrição e integralização de ações pelo valor de mercado, de modo que a diferença entre o valor constante nas respectivas declarações de bens e o valor de mercado, constitui ganho de capital tributável.

Recentemente, em 20.02.2013, ao julgar caso semelhante, a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no Acórdão nº 2202-002.187, deu provimento à Recurso Voluntário interposto por contribuinte autuado pelo não recolhimento do imposto sobre a renda sobre suposto ganho de capital obtido em operação de incorporação de ações. Assim como no caso anteriormente relatado, a empresa incorporadora

---

<sup>15</sup> Primeiro Conselho de Contribuintes – Sexta Câmara. Recurso Voluntário nº 159.459. **Acórdão nº 106-17.105**. Rel. Cons. Gonçalo Bonet Allage. DJU: 08.10.2008, p. 16-17.

promoveu a incorporação de ações da incorporada – da qual era acionista o contribuinte atuado – pagando valor superior ao de custo e, em substituição, emitiu ações para os novos acionistas, que experimentaram aumento no valor da participação societária. Os argumentos utilizados foram, basicamente, os mesmos contidos no Acórdão nº 106-17.105, acima analisado. O CARF, no entanto, entendeu que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens sujeita à apuração de ganho de capital, muito menos à subscrição e integralização de capital em bens, tratando-se de mera substituição de títulos, dando razão ao contribuinte. Outrossim, entendeu que não teria se realizado a hipótese da norma tributária, ante a ausência de qualquer pagamento realizado em favor do contribuinte, não havendo que se falar em aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica.

Verifica-se, portanto, que a questão ainda será objeto de muitos debates por parte do CARF, mormente pela reapreciação do caso pela CSRF, instância final daquele órgão de julgamento.

### **3.2. Nosso entendimento**

Definir se a incorporação de ações enseja ganho de capital aos acionistas, pessoas físicas da empresa incorporada, exige domínio do conceito constitucional de renda, da sua definição à luz do Código Tributário Nacional e se há subsunção deste evento, ou não, ao critério material da hipótese de incidência da norma tributária. Ademais, é decisivo saber se esta operação societária equipara-se à alienação de bens ou direitos por meio de subscrição de ações, conforme disposto no §3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

De nossa parte, afirmamos sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.

Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-

lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens.

A incorporação tem como um de seus efeitos a transformação da sociedade incorporada em sua subsidiária integral – e não a sua extinção, como ocorre com a incorporação tradicional – da qual a incorporadora passa a ser a única acionista. Ato contínuo, a incorporadora emite ações em seu nome, para substituir aquelas que foram incorporadas, cujo valor pode ser idêntico, inferior ou superior ao valor de custo. Daí o caráter de permuta: o acionista entrega a sua participação societária, e recebe em troca novas ações, agora da empresa incorporadora.

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.

Desta forma, ainda que se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações (dos acionistas da incorporada à incorporadora), não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis acima mencionadas.

Assim, inexistente qualquer ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda quando ocorre a denominada incorporação de ações. A situação descrita não se amolda ao critério material da norma tributária. Não há efetivo acréscimo patrimonial, mas mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações. Por conseguinte, exigir o tributo da pessoa física, nestas situações, não só afronta o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza” - porquanto tributa-se patrimônio e não renda - como também viola o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Lei Constitucional de 1988, vez que o contribuinte não manifesta qualquer riqueza passível de tributável) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma, vez que se exige exação sem respaldo em lei ou na própria Carta Magna).



## SÍNTESE CONCLUSIVA

**1.** O conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” é construído a partir de exegese eminentemente constitucional, distanciando-se dos conceitos de “faturamento”, “receita”, “patrimônio”, “capital”, “ganho”, “rendimentos” e “lucro”. Efetuadas as distinções necessárias, conclui-se que o vocábulo “renda” só pode expressar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo;

**1.1.** Cabe ao legislador nacional complementar, por meio do veículo normativo “Lei Complementar”, definir o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza”, consoante disposto no artigo 146, III, *a*, da Lei Constitucional de 1988, tarefa cumprida pelo CTN, por meio de seu artigo 43, I e II, que adotou a teoria do acréscimo patrimonial, mediante a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda como pressuposto de sua tributação;

**1.2.** O critério material possível da regra-matriz de incidência do imposto consiste na conduta de auferir renda, o que se dá no momento do ajuste anual, com as exceções previstas em lei, tal como o ganho de capital, cuja situação que gera a possibilidade de incidência da norma se dá no momento em que é recebido o valor pela alienação;

**2.** A incorporação de ações encontra-se positivada no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 e difere radicalmente da incorporação de sociedades. Nesta, ocorre a absorção integral do patrimônio da incorporada, que é extinta; naquela, há aumento de capital social da incorporadora, mediante absorção do capital social da incorporada que se transforma em sua subsidiária integral. Ato contínuo, a incorporadora emite novas ações em substituição às aquelas detidas pelos acionistas da incorporada;

**2.1.** A referida operação tem como principais características: **(i)** a necessidade de aprovação em assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação; **(ii)** o aumento de capital social na sociedade incorporadora por meio das ações incorporadas; **(iii)** a permissão de que os acionistas dissidentes retirem-se da sociedade, recebendo a título de reembolso o valor de suas ações; e **(iv)** necessidade de avaliação das ações a serem incorporadas;

**2.2.** O procedimento para a formalização da incorporação de ações encontra-se regulamentado no próprio artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas. Dois momentos são cruciais: o primeiro, consiste na avaliação das ações da sociedade que serão incorporadas; o

segundo, reside na substituição que é feita, visto que os acionistas da incorporada passam a ser acionistas da incorporadora, recebendo ações desta, de acordo com o valor dos títulos da incorporada, apurado em avaliação realizada. A relação de substituição, portanto, ganha relevo;

**2.3.** Os acionistas da incorporada entregam as ações detidas, para fins de aumento do capital social da incorporadora e dela recebem, em troca, novos papéis, que podem possuir valor idêntico, inferior ou superior ao contabilizado;

**3.** Tem-se conhecimento de dois casos apreciados pelo CARF, sendo que o mais recente ainda será submetido à CSRF, órgão máximo de julgamento, que poderá nortear decisões futuras sobre a matéria. Dos dois casos selecionados, tem-se um contrário ao contribuinte e outro favorável ao contribuinte.

À luz das premissas estabelecidas e dos conceitos firmados, pode-se concluir que os acionistas da incorporada não experimentam ganho de capital e, portanto, não realizam o critério material da norma de incidência. Isso porque, a efetivação desta operação societária é realizada entre duas sociedades – a incorporadora e a incorporada – e não entre os acionistas e a incorporadora, o que descaracteriza a ideia de alienação de bens ou direitos. Não se exige unanimidade por parte dos acionistas da incorporada, razão pela qual a vontade manifestada é da própria pessoa jurídica.

Não há qualquer ato de alienação da participação societária por parte dos acionistas da incorporada, mas mera permuta. Há transferência das ações detidas pelos acionistas da incorporada para a incorporadora, cujo capital social é aumentado e, em troca, são emitidas novas ações para estes mesmos acionistas. Ainda que as novas ações denotem um acréscimo em relação às anteriormente detidas, ele é meramente potencial, porquanto não houve efetiva aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica da renda. O ganho de capital somente será verificado no momento da alienação das ações detidas, mediante recebimento do preço ajustado; preço este que poderá ser inferior, em razão das variações do mercado.

Desta forma, a tributação deste valor, meramente potencial, implica violação ao conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza (artigo 153, III), bem como aos princípios da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Constituição da República de 1988) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma). Outrossim, qualquer lançamento tributário nesse sentido, não será compatível com o disposto no artigo 43 do CTN e no §§2 e 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

\_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária: Limites Normativos**. São Paulo: USP, 2008.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Noeses, 2009. 991 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 20ª ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 497 p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 231 p.

PENHA, José Ribamar Barros. **Imposto de Renda Pessoa Física: Norma, Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed.atual.ampl. São Paulo: MP Editora, 2011.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Competência Tributária**. São Paulo: Dialética, 2005.