

REVISTA DIALÉTICA  
DE DIREITO TRIBUTÁRIO  
(RDDT)

ISSN 1413-7097

200

(MAIO - 2012)

Diretor da Revista  
**Valdir de Oliveira Rocha**

Diretores da Editora Dialética  
**Lidia Lobello de Oliveira Rocha**  
**Valdir de Oliveira Rocha**  
**Denise Lobello de Oliveira Rocha**  
**Trevisan**

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*  
Editora, com alterações procedidas por  
*Mars e Dialética*

Capa (fundo)  
Detalhe da obra "100% Azul ou Quase",  
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores  
**Fátima Lodo Andrade da Silva**

Impressão  
**Edições Loyola**

Indexação em base de dados nacionais:  
RVBI (Periódicos) - Senado Federal  
(www.senado.gov.br/sicon)

Rede de bibliotecas depositárias:  
Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal  
de Justiça, Conselho da Justiça Federal,  
Tribunal Regional Federal da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª  
Regiões



*Wega Nery (1912-2007)*  
é a autora da obra reproduzida em  
destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site  
[www.dialetica.com.br](http://www.dialetica.com.br)  
canto superior, esquerdo, pode-se  
realizar BUSCA que possivelmente  
facilitará muito a localização de textos  
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque  
exemplares anteriores da

*Revista Dialética de Direito Tributário.*

Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra  
correspondem às cópias obtidas nas  
Secretarias dos Tribunais ou se originam  
de publicações oficiais de seus julgados.  
Tiragem superior a 3.000 exemplares.  
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são  
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de  
**Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.**  
Rua Sena Madureira, 34  
CEP 04021-000 - São Paulo - SP  
e-mail: atendimento@dialetica.com.br  
Fone/fax (0xx11) 5084-4544  
[www.dialetica.com.br](http://www.dialetica.com.br)

## SUMÁRIO

### *Doutrina*

**Aires F. Barreto - ISS - Não incidência sobre atividades desenvolvidas em águas marítimas**

1. Extraterritorialidade. 2. Âmbito de eficácia das leis municipais. 3. Águas marítimas: competência da União. 4. Art. 20, parágrafo 1º, da Constituição: exegese. 5. Atividade-meio e serviço-fim. 6. Conclusões.

7

**Hugo de Brito Machado - Direito à restituição do tributo fundado em lei inconstitucional**

1. Introdução. 2. Tributo fundado em lei inconstitucional. 3. Repetição do tributo fundado em lei inconstitucional. 4. Ação ordinária individual de repetição.

24

**Jimir Doniak Jr. - Dividendos, alteração da Lei das S/A e regime tributário de transição - RTT**

I - Considerações gerais. II - A isenção de lucros e dividendos. III - Novas normas contábeis, RTT e lucros/dividendos. IV - Inexistência, como regra, de vantagem ao contribuinte acionista/quotista. V - Conclusão.

31

**Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Jr. - Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários**

1. Introdução. 2. Incorporação de ações. 3. Natureza jurídica da incorporação de ações. 4. Tratamento tributário da incorporação de ações. 5. Conclusões.

44

**Miguel Delgado Gutierrez - A Tributação do ganho de capital nas operações de permuta**

73

**Misabel Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante - A súmula vinculante no Direito Penal Tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.037/ES**

1. Formulação do problema. 2. Breves considerações sobre a natureza criativa das decisões judiciais e da jurisprudência. 3. A determinação da norma jurisprudencial e o problema da *ratio decidendi*: o valor da súmula do Supremo Tribunal Federal. 4. Do caso específico da súmula vinculante. 5. A súmula vinculante e o Supremo Tribunal Federal. 6. O afastamento da súmula vinculante e a matéria penal-tributária. 7. Conclusão: riscos e desafios para a jurisprudência constitucional.

78

**Tiago Bologna Dias - Limites da responsabilidade do sócio cujo nome consta da CDA - contextualização dos precedentes e legislação pertinentes**

1. Introdução. 2. Presunção de legitimidade da responsabilidade do sócio cujo nome consta da CDA. 3. Pressuposto de mérito - respeito ao art. 135 do CTN, aos arts. 50, 1.016 e 1.080 do Código Civil e 158 da Lei das Sociedades Anônimas. 4. Pressupostos formais à luz dos pressupostos de mérito. 5. Conclusão.

95

### *Pareceres*

**Alberto Xavier - Âmbito territorial da contribuição social do empregador e do FGTS em caso de transferência internacional de empregados**

I - Colocação do problema. II - Natureza jurídica da transferência internacional dos empregados: os modelos unitário e pluralista. III - Âmbito de aplicação territorial da contribuição social do empregador e do FGTS. IV - Conclusões.

106

**Ives Gandra da Silva Martins - Taxa de fiscalização mineral do estado do Pará - Exercício de competência impositiva outorgada pela Constituição Federal (arts. 23, XI, e 145, II) - exação constitucional**

Consulta. Resposta.

110

## Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários

Luís Eduardo Schoueri  
Luiz Carlos de Andrade Jr.

### 1. Introdução

A incorporação de ações, instituto próprio do Direito Societário, vem causando perplexidade entre tributaristas que a ela emprestam efeitos próprios de operações de transformação societária (incorporação), por não perceberem que se trata de instrumento híbrido de integração empresarial, permitindo a interpenetração societária, porém, com a manutenção da personalidade jurídica das sociedades envolvidas.<sup>1</sup>

Possível explicação para boa parte dos mal-entendidos pode encontrar-se já em sua natureza controversa no Direito Societário. É dali que parte este estudo. Inicialmente, examinaremos a configuração categorial da incorporação de ações, a fim de precisar-lhe os contornos típicos e os efeitos principais, à luz do Direito Privado. Em seguida, abordaremos algumas implicações tributárias associadas a operações que envolvam esse negócio jurídico, especialmente as relacionadas ao imposto de renda.

### 2. Incorporação de Ações

Já em 1976, a legislação societária brasileira acolhia o instituto da sociedade unipessoal, amplamente aceito pelas práticas norte-americana e alemã.<sup>2</sup> Criou, naquela ocasião, a figura da subsidiária integral, prevendo-a no artigo 251 da Lei nº 6.404/1976.

A subsidiária integral pode ser instituída por modo originário ou derivado.<sup>3</sup> A criação originária da subsidiária integral decorre do destaque, pela companhia, de parte do seu patrimônio, para que componha o de uma nova, da qual será seu único acionista. É o que permite o referido artigo 251.

<sup>1</sup> Cf. Nelson Eizirik, "Incorporação de ações: aspectos polêmicos", in: Walfrido Jorge Warde Jr. (coord.), *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 78-79.

<sup>2</sup> Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, t. II, v. 4, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 129. Atualmente, a figura da sociedade unipessoal foi alargada, no sistema brasileiro, com a previsão da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - Eireli.

<sup>3</sup> Cf. Nelson Eizirik, "Incorporação de ações. Natureza jurídica e principais características", in: Nelson Eizirik e Modesto Carvalhosa, *Estudos de Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 86.

Será *derivada*, entretanto, quando decorrer da incorporação da totalidade das ações de uma companhia, com base no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.<sup>4</sup>

São numerosas as discussões doutrinárias travadas a respeito do instituto da incorporação de ações. Não nos parece adequado, nesta ocasião, abordar todas elas, razão pela qual dedicaremos as linhas seguintes ao exame de seus principais traços categoriais, com o fito de identificar sua "natureza jurídica".

### 3. Natureza Jurídica da Incorporação de Ações

A incorporação de ações é negócio típico peculiar ao Direito Societário. É típico porque não decorre do exercício genérico da autonomia privada, devendo ser celebrado com observância a um esquema, um *tipo*, disciplinado de maneira particular pelo Direito positivo. E é peculiar ao Direito Societário porque não se vislumbra a possibilidade de aproximá-lo com qualquer outro tipo negocial previsto pelo Direito Privado.<sup>5</sup>

É interessante notar a remissão, constante do *caput* do artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas, aos artigos 224 e 225 desse mesmo diploma. Tais dispositivos regem o procedimento com base no qual se dá a *incorporação de companhias*.

Parece ser a referida remissão, concernente ao *procedimento* previsto para a incorporação de companhias, a explicação para que se procurem equiparar os dois institutos. Mais ainda, o fato de que ambas as figuras levam, em sua denominação, o vocábulo *incorporação* contribui para a crença de que a incorporação de ações nada mais seria que um caso de incorporação.

Não nos parece acertada tal equiparação. No que tange à nomenclatura, já se reconheceu ter sido imprópria a opção legislativa por se denominar *incorporação* o negócio jurídico tipificado no artigo 252.<sup>6</sup> Com relação ao procedimento, são várias as manifestações doutrinárias<sup>7</sup> ao reconhecer que a sua identidade não permite

<sup>4</sup> "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.

§ 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.

§ 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.

§ 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."

<sup>5</sup> Cf. Alberto Xavier, "Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário", in: Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (coords.), *Sociedade Anônima - 30 anos da Lei 6.404/76*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 133.

<sup>6</sup> Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, op. cit.*, p. 129) chega a afirmar que o artigo 252 trata de uma *falsa incorporação*.

<sup>7</sup> Cf. Alberto Xavier ("Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário", *op. cit.*); Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, op. cit.*); Nelson Eizirik ("Incorporação de ações: aspectos polêmicos",



Luís Eduardo Schoueri  
é Professor Titular de  
Direito Tributário da  
Universidade de  
São Paulo.



Luiz Carlos de  
Andrade Jr.  
é Doutorando em  
Direito Civil pela  
Faculdade de Direito  
da Universidade de  
São Paulo.

a equiparação entre os institutos, uma vez que eles conduzem a consequências jurídicas diversas.

Com efeito, basta dizer que, enquanto a incorporação de sociedades acarreta a *extinção* da sociedade incorporada, a incorporação de ações dá causa à transformação da última em *subsidiária integral* da sociedade “incorporadora”. Ademais, o patrimônio da sociedade incorporada, na incorporação de sociedades, passa a integrar o patrimônio da sociedade incorporadora, situação diversa da constatada ao cabo da incorporação de ações, na qual mantém-se a *autonomia patrimonial* entre as sociedades envolvidas.<sup>8</sup>

Excluída a possibilidade de se aproximar a incorporação de ações à incorporação de companhias, é necessário examinar com um pouco mais vagar o modo como a Lei nº 6.404/1976 regulou esse tipo negocial, para, então, identificar sua natureza jurídica.

Chama a atenção, a partir da leitura dos parágrafos 1º e 2º do artigo 252, que a concretização da incorporação de ações não envolva os sócios das companhias envolvidas (atuando em nome próprio), mas as assembleias gerais daquelas e a diretoria da sociedade “incorporada”. Disso extrai-se que a incorporação de ações é um negócio realizado *entre companhias*, não *entre sócios*, nem *entre sócios e companhia*.

Deve-se assinalar, também, que a incorporação de ações opera-se mediante um aumento de capital da sociedade incorporadora das ações (parágrafo 1º), o qual é subscrito, pela diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas, “por conta” dos sócios desta (parágrafo 2º). Esse aumento de capital é, então, integralizado, mediante a transferência da *totalidade* das ações da companhia por último referida. Em vista disso, os sócios da companhia cujas ações foram incorporadas recebem, diretamente, as novas ações emitidas pela companhia “incorporadora”.

Por fim, no que tange ao valor pelo qual as ações devem ser incorporadas, vê-se nos parágrafos 1º e 3º que as ações incorporadas, bem como as ações a serem emitidas para substituí-las, devem ser avaliadas por peritos nomeados pela assembleia geral da companhia que as incorporará. É dessa avaliação que será extraída a chamada *relação de troca*.

Nesse cenário, identificam-se duas correntes doutrinárias quanto à definição da natureza jurídica do instituto:

- i) *Primeira corrente*: vê na incorporação de ações uma operação semelhante ao aumento de capital mediante a conferência de bens, que, portanto, implica a alienação das ações incorporadas; e
- ii) *Segunda corrente*: não vê nesse negócio verdadeira alienação, mas simples substituição de ações em razão de *sub-rogação real*.

<sup>8</sup> *op. cit.*, e “Incorporação de ações. Natureza jurídica e principais características”, *op. cit.*; Luiz Gastão Paes de Barros Leais (“Incorporação de ações de companhia aberta controlada”, *Parcerias*, v. II, São Paulo, Singular, 2004); Sacha Calmon Navarro Coêlho (“Imposto sobre a renda e incorporação de ações de sociedade holding”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 77, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 167 e ss.); e Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto (*Lei das Sociedades por Ações anotada*, São Paulo, Saraiva, 2006).

<sup>9</sup> Cf. José Luiz Bulhões Pedreira *et. al.*, *Direito das Companhias*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 1.994.

### 3.1. A primeira corrente

Os adeptos dessa vertente apegam-se ao texto do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual a incorporação de ações operar-se-ia por intermédio de um mecanismo que envolve um aumento de capital, e a integralização desse capital mediante a transferência das ações incorporadas. Sintetiza muito bem esse ponto de vista Modesto Carvalhosa, para quem ocorre, nesse negócio, uma aquisição (voluntária para os controladores e compulsória para os minoritários que não exercitem o direito de resgate) de ações da incorporadora, tendo como moeda de pagamento as ações de emissão da incorporada, de sua propriedade; nega, assim, a ocorrência de permuta.<sup>9</sup>

O mesmo entendimento é sustentado por Fran Martins, para quem a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral, pelo negócio referido, não passa de um aumento de capital da sociedade controladora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai se tornar subsidiária integral, sendo que o pagamento de tais ações se dá com as ações dos acionistas da sociedade a ser incorporada, em vez de dinheiro.<sup>10</sup>

Assim é que se pode fincar a primeira corrente na consideração da incorporação de ações como um negócio que implica *efetiva alienação* das ações detidas pelos sócios da sociedade “incorporada”, porquanto tais ações sejam utilizadas como “moeda de pagamento” pelas ações da companhia “incorporadora”.

### 3.2. A segunda corrente

Para os que se filiam a essa alternativa, a incorporação de ações não implicaria alienação do investimento detido pelos sócios da sociedade “incorporada”. Isto, pois a operação acarretaria a troca de ações, simples substituição, ou, mais precisamente, mera *sub-rogação real*. Nesse sentido são as proposições de Bulhões Pedreira, que defende que os acionistas não praticam “ato de disposição das ações como elementos de seus patrimônios” e tampouco a incorporadora adquire tais ações “por efeito de alienação, quer da companhia cujas ações devam ser incorporadas, quer dos seus acionistas”; daí as ações incorporadas serem substituídas por ações da incorporadora por *sub-rogação real*.<sup>11</sup>

Perfilam, ainda, essa teoria: Nelson Eizirik<sup>12</sup> e Alberto Xavier.<sup>13</sup> A partir do trabalho deste último, é possível extrair o rol dos principais argumentos que embasam essa segunda corrente:

- i) a incorporação de ações não se confunde com a incorporação de sociedades;
- ii) a incorporação de ações não se confunde com a subscrição mediante conferência de bens, porquanto este ato deve ser praticado pelo sócio, voluntaria-

<sup>9</sup> Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>10</sup> Cf. Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 316.

<sup>11</sup> Cf. José Luiz Bulhões Pedreira *et. al.*, *Direito das Companhias*, *op. cit.*, p. 1994.

<sup>12</sup> Cf. Nelson Eizirik (“Incorporação de ações. Natureza jurídica e principais características”, *op. cit.*, p. 97): “Conclui-se que a constituição de subsidiária integral prevista no art. 252 da Lei das S.A. representa negócio jurídico, por meio do qual, independentemente de sua vontade, as ações de propriedade dos acionistas minoritários são trocadas por novas ações a serem emitidas pela companhia incorporadora, ocorrendo uma sub-rogação real decorrente da Lei.”

<sup>13</sup> Cf. Alberto Xavier, “Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário”, *op. cit.*

mente. Como a Lei das Sociedades Anônimas não exige a aprovação da unanimidade dos sócios, mas apenas da maioria, os sócios divergentes, necessariamente, seriam privados de suas ações contra sua vontade - num procedimento semelhante à desapropriação. A subscrição mediante conferência de bens é negócio realizado entre sócio e sociedade, ao passo que a incorporação de ações é negócio firmado entre sociedades;

iii) a lei permite que a sociedade "incorporada" atue como mera mandatária sem representação dos seus sócios, na medida em que menciona que esta subcreverá o capital da sociedade "incorporadora" *por conta* daqueles; e

iv) para arrematar, nas palavras do autor: "o titular das ações a serem objeto de incorporação nada transmite, nada permuta, limita-se 'passivamente' a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originalmente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real."

Conhecidas as duas principais linhas de pensamento existentes sobre o assunto, passamos a examiná-las, criticamente.

### 3.3. Crítica

Devemos reconhecer, à primeira vista, que os dois posicionamentos acima descritos são plausíveis. Diante disso, é necessário verificar qual deles apresenta fundamentos mais consistentes e compatíveis com o conteúdo do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976.

Começamos examinando a segunda corrente. Nela, notamos uma relevante inconsistência em sua conclusão, *i.e.*, de que a incorporação de ações acarretaria uma sub-rogação real.

#### 3.3.1. Crítica à segunda corrente

##### 3.3.1.1. Sub-rogação real

Os autores que isso defendem não chegaram a demonstrar, de maneira satisfatória, o que seria a sub-rogação real, e por que, exatamente, ela se configuraria ao cabo da incorporação de ações. Alberto Xavier e Bulhões Pedreira, por exemplo, simplesmente afirmam que isso ocorreria, sem explicitarem sua fundamentação. Nelson Eizirik, por seu turno, empreendeu maior esforço nesse sentido, porém, de maneira pouco satisfatória.

Este último autor, invocando lições de Pontes de Miranda e Álvaro Villaça Azevedo, postula que "na sub-rogação real, uma coisa substitui a outra juridicamente 'devendo ser observadas as mesmas situações já existentes com relação ao bem substituído', uma vez que se mantém a relação originária".<sup>14</sup> Não nos parece bem aplicado esse entendimento ao instituto da incorporação de ações.

Se a substituição *jurídica* implica que o bem sub-rogado desempenhe a mesma função que o substituído, em vista da *manutenção da relação originária*, seria necessário, para se demonstrar que tal ocorre na incorporação de ações, evidenciar:

- i) qual seria a relação originária;
- ii) qual seria o papel desempenhado pelo bem substituído na relação originária;
- iii) que a relação originária se manteria; e
- iv) qual o papel desempenhado pelo bem sub-rogado nessa mesma relação.

Passamos a percorrer esse caminho.

i) *Relação originária*: é a relação entre o sócio e a sociedade cujas ações serão incorporadas (chamaremos, aqui, de "A"). Nessa relação, o sócio exerce todos os direitos que a lei lhe atribui enquanto titular de participação em "A", isto é, direitos patrimoniais, como o de receber dividendos, juros sobre o capital próprio etc., e direitos políticos, como o de participar das assembleias, exercer direitos de preferências em certas situações, poder demandar contra o administrador em caso de abuso de poder etc.

ii) *Papel desempenhado pelo bem substituído na relação originária*: o bem substituído corresponde às ações de "A" detidas pelo sócio. Tais ações são títulos representativos do capital social daquela. Essas ações legitimam os sócios a exercer os direitos descritos acima, bem como, se for o caso, de retirar-se da sociedade "A", resgatando o capital investido nesta, ou a parcela correspondente do seu patrimônio social.

iii) *Relação existente após a incorporação de ações*: após a incorporação de ações, o sócio passa a deter participação na companhia "incorporadora" (que, aqui, chamamos de "B"). Passa, assim, a ser sócio de "B". Nessa relação, exerce todos os direitos acima mencionados, entretanto, enquanto titular de participação em "B".

iv) *Papel desempenhado pelo bem sub-rogado*: o bem sub-rogado corresponde às ações de "B" detidas pelo sócio. Tais ações são títulos representativos do capital social, ou melhor, do patrimônio social daquela. Essas ações legitimam o sócio a exercer os direitos descritos acima, bem como, se for o caso, de retirar-se da sociedade "B", resgatando o capital investido nesta, ou a parcela correspondente do seu patrimônio social.

O exame das ponderações acima expostas nos leva a concluir que não há, na incorporação de ações, a substituição jurídica a que aludiu Nelson Eizirik, pois:

i) a relação originária não se mantém. Antes da incorporação de ações, o sócio é titular de participação da sociedade "A". Após a operação, passa a ser titular de participação na sociedade "B". Não existe identidade entre as relações jurídicas existentes antes (sócio - "A") e depois (sócio - "B") da incorporação de ações. Imagine-se, por exemplo, que a classe das ações fosse diferente, antes e após a operação. Isso bem seria possível, evidenciando a diferença entre as relações jurídicas observadas;

ii) o papel desempenhado pelo bem substituído não se confunde com o do bem sub-rogado. O bem substituído legitimava, por exemplo, o sócio, a receber dividendos da sociedade "A", ou a participar das assembleias da sociedade "A" etc. O bem sub-rogado, diversamente, legitima o sócio a receber dividendos da sociedade "B", ou a participar das assembleias da sociedade "B" etc.

<sup>14</sup> Cf. Nelson Eizirik, "Incorporação de ações. Natureza jurídica e principais características", *op. cit.*, p. 96.

Infelizmente, o tema da sub-rogação real não foi objeto de formulações próprias no Direito brasileiro. Carlos Alberto Bittar,<sup>15</sup> que produziu estudo sobre a sub-rogação real no campo do Direito matrimonial, fiou-se em algumas conceituações mais genéricas do instituto, obtidas na doutrina estrangeira, como a de Pierre Dupont-Delestraint, segundo a qual a "sub-rogação real é a operação jurídica em virtude da qual, bem adquirido em lugar de outro toma a posição jurídica do primeiro".

Essa definição diz tão pouco, ou menos, que a definição tradicional, criticada por Santoro-Passarelli,<sup>16</sup> que dita que "a sub-rogação real é uma substituição de uma coisa (entendido este termo em sentido genérico, compreendendo também o preço) por outra, a qual, por ser uma ficção, deve ser expressamente admitida pela lei".

O que é, afinal, a tal sub-rogação real? Após criticar a definição tradicional acima reproduzida, Santoro-Passarelli passa a esclarecer a questão. Partindo das origens romanas do instituto, que remetem ao adágio *in iudiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* (na universalidade jurídica a coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa), repassando o desenvolvimento que a questão experimentou nas mãos dos glosadores medievais, até alcançar o pensamento do final do século XIX, o autor demonstra, com base na distinção entre *substituição* e *sub-rogação real*, o significado dogmático desta.

A substituição de um bem é irrelevante para o Direito, porque o bem substituído é juridicamente considerado como ele mesmo, *em si e por si*.<sup>17</sup> Isso não acontece com a sub-rogação real, que, em essência, é uma *ficção*. Em virtude desta, o bem sub-rogado não é visto, pelo Direito, como ele próprio; é, ao invés, visto, e tratado, *como se fosse* o bem substituído. É por isso, diz o autor, que a substituição decorrente da sub-rogação real importa ao Direito; pois nessas situações especiais, entra em ação uma norma que faz ser verdadeiro, no mundo jurídico, algo que não o é.

Na sequência dessas reflexões, Santoro-Passarelli aponta que a substituição pode sempre ser determinada pela vontade das partes; a sub-rogação real, diferentemente, somente pode decorrer de disposição legal.

O doutrinador, então, conclui que a ficção da sub-rogação real somente tem lugar quando o bem estiver inserto numa situação jurídica particular, que permita, de maneira eficaz, que ele seja considerado, *para os fins dessa relação jurídica*, como se fosse outro. Em seu trabalho, Santoro-Passarelli identifica algumas poucas situações em que isso seria possível, à luz do ordenamento jurídico italiano do início do século XX, dentre as quais se inclui a circunstância de sobre um bem recair um di-

<sup>15</sup> Cf. Carlos Alberto Bittar. "Sub-rogação real em separações matrimoniais", *Revista dos Tribunais* nº 656, São Paulo, RT, 1990, pp. 37-39.

<sup>16</sup> Cf. Francesco Santoro-Passarelli, *La surrogazione reale*, Roma, Attilio Sampaolesi, 1926, pp. 5-6. Tradução livre. No original: "la surrogazione reale è una sostituzione di una cosa (inteso questo termine in senso generico e come comprendente anche il prezzo) ad un'altra, la quale, per essere una finzione, dev'essere expressamente ammessa dalla legge".

<sup>17</sup> Cf. Francesco Santoro-Passarelli (*La surrogazione reale*, *op. cit.*, p. 34): "La surrogazione è una sostituzione interessante come tale il diritto, mentre la sostituzione fa sì che di fatto un'altra cosa subentri in luogo di un'altra senza che al diritto importi tale sostituzione, poiché esso considera oramai la nuova cosa in sé e per sé: di qui deriva che la surrogazione è una finzione e dev'essere determinata dalla legge, mentre la sostituzione non lo è e può derivare della volontà dei singoli."

reito real de garantia; a de um bem integrar o dote; e a de um bem estar sujeito ao *diritto di godimento*. Propõe, ao final, a definição:

"A sub-rogação real é uma ficção, que deve ser, como tal determinada pela lei. E, em virtude da qual, uma coisa substituída por outra em uma qualidade particular ou como objeto de um direito real."<sup>18</sup>

É importante que fique claro que, como qualquer ficção jurídica, a sub-rogação real baseia-se num *juízo relativo*. O bem sub-rogado não ocupa o lugar do bem substituído a título universal, "para todos os fins de direito".<sup>19</sup> O juízo relativo em questão refere-se a uma característica especial do bem substituído, consistente no fato de ele estar inserto numa relação jurídica particular. Assim, quando ocorre a sub-rogação real, o novo bem ocupa, fictamente, o lugar do velho, em tal relação. Veja-se um exemplo colhido do nosso Direito. Diz o artigo 1.659 do Código Civil de 2002:

"Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares

(...)"

De acordo com esse dispositivo, os bens particulares dos cônjuges não integram a comunhão decorrente do casamento. É possível, portanto, vincular um bem particular de um dos cônjuges a uma relação jurídica particular, *i.e.*, o regime patrimonial que implica a propriedade integral por parte de um dos cônjuges, e o descabimento da meação sobre aquele.

Se esse bem particular, por exemplo, fosse permutado por outro, não existisse regra de exceção, ele integraria comunhão matrimonial (artigo 1.658 do Código Civil de 2002), ou seja, passaria a integrar outra relação jurídica atinente ao regime patrimonial.

Contudo, o inciso II do artigo 1.659 estabelece que o novo bem sub-rogado na posição do anterior, *para os fins de definição do regime patrimonial aplicável*. Isso significa que, embora adquirido na constância do casamento, ele deverá ser visto e tratado - eis a ficção - como se fosse o bem original. Em consequência, esse novo bem integrará a mesma relação jurídica particular que o bem substituído.

O mesmo mecanismo é previsto pelo artigo 1.719 do Código Civil de 2002:

"Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extinguí-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público."

<sup>18</sup> Cf. Francesco Santoro-Passarelli, *La surrogazione reale*, *op. cit.*, p. 8. Tradução livre. No original: "La surrogazione reale è una finzione, che dev'essere come tale determinata dalla legge e in virtù della quale una cosa è sostituita ad un'altra in una qualità particolare o nell'oggetto di un diritto reale."

<sup>19</sup> Se assim fosse, poderiam surgir situações de evidente subversão à ordem do Direito Privado, como, por exemplo, ocorreria, se fosse considerada nula a compra e venda de bem móvel celebrada mediante instrumento particular em razão deste se ter, anteriormente, sub-rogado na posição de um bem imóvel. Seria, com efeito, absurdo exigir escritura pública para esse negócio, com base numa sub-rogação real tão abrangente.

Veja-se bem: o dispositivo acima não estabelece que os novos bens adquiridos sub-rogar-se-ão nos bens de família enquanto elemento do patrimônio da família. Sob essa perspectiva, o máximo que poderia ser dito é que o bem adquirido "substitui" um elemento do patrimônio da família. A sub-rogação real, por seu turno, opera-se quando se tem em vista a circunstância específica de um imóvel configurar bem de família. Desse modo, o novo imóvel sub-roga-se na condição do antigo, *enquanto bem de família*. Mais uma vez, percebe-se que a ficção que a lei cria é dirigida a uma relação jurídica particular.

Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.

Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de "B" deveriam ser consideradas como ações de "A". Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia "incorporada", como as da "incorporadora", são tratadas *em si e por si*. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de "B" não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de "A", o que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta.

No dispositivo em comento há *pura substituição*, que, restringindo-se a isso, é irrelevante para o Direito.

Registramos que não muda essa nossa percepção o argumento de Sacha Calmon Navarro Coelho,<sup>20</sup> segundo o qual o Fisco brasileiro teria afirmado existir sub-rogação real no caso da troca de ações decorrente da incorporação de sociedade. O autor referiu-se ao Parecer Normativo CST nº 39/1981, e nele se baseou para afirmar que não haveria qualquer alienação na incorporação de ações.

O mencionado parecer normativo invoca os artigos 56 e 57 do Código Civil de 1916<sup>21</sup> para concluir, com relação às coisas universais, que, se algum dos bens que a constituísse fosse substituído, o novo bem ficaria sub-rogado na condição do anterior. Postula, então, que o conjunto de ações de uma companhia seria uma universalidade, e que a troca dessas ações por outras, de emissão da sociedade incorporadora, daria azo à sub-rogação real.

Tal pronunciamento do Fisco não foi emitido com propriedade técnica. Em primeiro lugar, porque as ações de uma companhia não são coisas coletivas. Veja-se o que já dizia o Código de 1916:

"Art. 54. As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas:

I - singulares, quando, *embora reunidas, se consideram* de per si, independentemente das demais;

II - coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo." (Original sem destaques)

<sup>20</sup> Cf. Sacha Calmon Navarro Coelho, "Imposto sobre a renda e incorporação de ações de sociedade *holding*", *op. cit.*

<sup>21</sup> "Art. 56. Na coletividade, fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor, e vice-versa.

Art. 57. O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais."

As ações da sociedade anônima são consideradas *de per si*. Cada uma representa uma fração do patrimônio social e encerram direitos e obrigações específicos, correspondentes à fração representada. O conjunto de ações, apesar de representar uma coisa coletiva - o patrimônio da sociedade - não apresenta expressão conjunta própria. Mas, o fato de o patrimônio social ser uma coisa coletiva não implica que as ações que a representam - valores mobiliários que são - possuam a mesma característica.

Em segundo lugar, não concordamos com o argumento construído a partir do Parecer Normativo CST nº 39/1981 porque não existe, tecnicamente, sub-rogação real no plano das coisas coletivas. A universalidade tem existência própria, e, assim sendo, não se mostra possível a criação de uma ficção segundo a qual a nova coisa deveria ser considerada uma outra, que integrava a universalidade. Esta última, enquanto integrante da universalidade, não possui existência individual juridicamente relevante, sendo, assim, impossível uma outra coisa sub-rogar-se nessa existência.<sup>22</sup> Aliás, atento a isso, o legislador do Código de 2002 *excluiu*, do novo diploma, o dispositivo que repetiria o teor da redação do artigo 56 do Código de 1916, o qual, como visto, foi invocado como fundamento do referido Parecer Normativo.

E, em terceiro lugar, ainda que existisse sub-rogação real, isso não implicaria a inexistência da alienação das ações. Para que exista a sub-rogação real no âmbito de uma coisa coletiva, é necessário que um dos seus elementos deixe de integrá-la. Para tanto, é imprescindível que exista um fato jurídico (o perecimento da coisa, por exemplo), ou um negócio jurídico (a venda da coisa, por exemplo). Apenas após essa desintegração, da coisa, da universalidade, é que se daria a sub-rogação, que inseriria a coisa substituída na relação jurídica que permitiria identificá-la como parte da universalidade.

É dizer, a sub-rogação real não se opera automaticamente. A *substituição* do bem, que deriva de um fato ou negócio jurídico, é seu pressuposto. O que a lei faz, diante deste, é atribuir relevância jurídica à substituição, por meio da criação de uma ficção.

### 3.3.1.2. Ausência de manifestação de vontade

Não é apenas a conclusão a que chegaram os defensores da segunda corrente, ora examinada, que, a nosso ver, merece crítica. Parece-nos, também, infundado o argumento de que a ausência de manifestação de vontade dos sócios seria relevante para definir a natureza jurídica da incorporação de ações, e que isso excluiria a possibilidade de esse negócio jurídico acarretar a alienação das ações da companhia "incorporada".

No Direito Societário, impera o *princípio majoritário*. Segundo este, as decisões relativas aos atos a serem praticados pela sociedade são tomadas pela maioria dos sócios. Isso significa que os sócios dissidentes tomam decisões sem manifestar vontade alguma? Claramente, não. Pode não haver, no momento de cada decisão, a exteriorização da vontade específica daqueles. Contudo, no momento em que decidem

<sup>22</sup> Cf. Francesco Santoro-Passarelli. Francesco Santoro-Passarelli. *La surrogazione reale*, *op. cit.*, p. 49.

ingressar na sociedade, os acionistas manifestam a vontade de sujeitarem-se às “regras do jogo”, que, por seu turno, contemplam a *substituição*, no dia a dia da companhia, da vontade dos sócios, pela vontade da maioria. É o que ensina Fábio Konder Comparato, ao afirmar que o princípio majoritário, afinal, pressupõe necessariamente a unanimidade, pelo menos uma vez, no momento da constituição da sociedade, como postulado da razão social.<sup>23</sup>

O princípio majoritário, contudo, aplica-se aos atos que exigem a manifestação de vontade da sociedade,<sup>24</sup> não a manifestação da vontade individual dos sócios. Nesse contexto, deve-se verificar qual dessas manifestações de vontade a incorporação de ações requer. Adiantamos que, em momentos distintos, ambas são necessárias. Antes de explorar essa questão, contudo, cremos ser necessário olhar mais de perto o artigo 252 da Lei nº 6.404/1976 para extrair algumas constatações.

O mencionado dispositivo dispõe que a assembleia geral da “incorporada”, aprovando a incorporação de ações, “autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas”. Perceba-se que o texto legal não diz que a subscrição será feita “em nome” dos acionistas, mas “por conta” destes.

Essa peculiaridade do texto legal remete à distinção entre mandato e representação.

No Brasil, o *mandato* é contrato típico, regido pelos artigos 653<sup>25</sup> e seguintes do Código Civil de 2002. A opção do nosso legislador foi a de prevê-lo como uma das modalidades de *representação* (representação voluntária, nos termos do artigo 120 do Código Civil de 2002). O texto legal, entretanto, não é totalmente preciso ao descrever o negócio, devendo-se ter em mente que aquilo que o artigo 653 chama de “mandato” é, na verdade, o mandato *manejado por procuração*.

É que o mandato, em todos os países que seguem a tradição romano-germânica, é um contrato (logo, ato bilateral) por meio do qual se atribui a alguém o dever de agir *por conta* de outrem. O poder para agir *em nome* de outrem decorre da *representação*,<sup>26</sup> a qual, por seu turno, atribui-se por meio de outro ato (unilateral), qual seja, a outorga da *procuração*.<sup>27</sup>

Apesar de o Código Civil apenas denominar “mandato” o contrato que implique representação, tais figuras - mandato e representação - são diferenciadas no Direito Civil brasileiro, que admite o mandato sem representação.<sup>28</sup> Exemplo deste é o contrato de *comissão* (artigos 693 e seguintes do Código Civil).

Orlando Gomes<sup>29</sup> explica, a respeito da comissão, que ali há uma *representação indireta ou imperfeita*, aquilo que também se costuma denominar *interposição real*. Do ponto de vista externo (perante terceiros), o negócio é praticado pelo comissário, em seu próprio nome. É, ademais, consequência da comissão, que o resultado do negócio praticado pelo comissário seja destinado ao comitente.

Em vista de sua admissão pelo legislador, a representação indireta poderia extrapolar a comissão, sendo estipulada no bojo de um contrato atípico (com base na autorização dada pelo artigo 425 do Código Civil); ou, como o próprio mandato com representação (que é o contrato tipificado), *ser outorgada pela lei*. Parece-nos que o artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas possui exatamente esse escopo: por meio dele, o legislador criou hipótese de *representação indireta*.

Testemos essa hipótese. Admitindo-se que o artigo 252 contenha hipótese de representação legal indireta, então aduziríamos que a companhia (por intermédio da diretoria) disporia das ações dos acionistas, em nome próprio, mas por conta daqueles. Quais seriam os obstáculos opostos a esse entendimento?

Um argumento contrário poderia ser o de que seria inadmissível que terceiro dispusesse das ações dos acionistas sem qualquer manifestação de vontade por parte destes. O argumento é frágil.

No plano do Direito Societário, como se viu da lição acima referida de Fábio Konder Comparato, a vontade individual do acionista importa, *per se*, somente em um momento: quando decide se tornar acionista. Ninguém é obrigado a se tornar acionista. Contudo, ao fazê-lo - diz o mesmo autor - o indivíduo aceita as *regras do jogo*, e passa a se sujeitar a elas. Acolhe o princípio majoritário, adquire direitos, contrai deveres, e, igualmente, *passa a ser representado pela companhia no que tange a eventual incorporação de ações*. Note-se: a representação indireta é atribuída à companhia pela lei. Mas isso somente acontece quando o circuito *acionista-companhia* é fechado; e isso depende exclusivamente da vontade daquele.

Afastado o primeiro argumento, poderia sobrevir uma segunda objeção: como poderia o representante (indireto) alienar bens (ações) alheios, sem que disso decorresse uma *acquiisto a non domino*? Não seria necessário, previamente a essa alienação, a transferência dos bens ao representante?

A questão não escapou ao gênio de Cariota Ferrara, que demonstrou ser juridicamente justificável que, embora o negócio de alienação seja celebrado pelo representante indireto, a transferência da coisa objeto daquele dê-se *diretamente do representado ao terceiro adquirente*.<sup>30</sup> O autor explica que o objetivo da representação indireta não é a transferência do bem para o representante, mas para o terceiro.

<sup>23</sup> Cf. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 61.

<sup>24</sup> Costuma-se denominar “negócio colegial” aquele que, conquanto dependa de uma pluralidade de manifestações de vontade para a sua formação, manifesta uma vontade una, que resulta atribuída a outrem. As deliberações societárias são exemplos de atos colegiais. Cf., nesse sentido, Emilio Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Napoli, ESI, 2002, pp. 301-302) e Tullio Ascarelli (*Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, pp. 532-534).

<sup>25</sup> “Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.”

<sup>26</sup> Emilio Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., p. 560): “Essenziale alla rappresentanza é che chi agisce per conto altrui (B) si presenti alla controparte o al destinatario (C) come uno che detta regola ad interessi non suoi, ma di altra persona determinata (A): si presenti, cioè, nella veste di rappresentante, ossia agisca in nome di quell'altra persona.”

<sup>27</sup> Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 347. No mesmo sentido, Francesco Galgano (*Il negozio giuridico*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 2002, p. 413): “Mandato e procura svolgono funzioni diverse: in forza del mandato espresso oppure tacito (che si desume, cioè, dal comportamento delle parti), il mandatario è obbligato ad agire per conto del mandante, e questi, a sua volta, è obbligato a corrispondergli il compenso; in virtù della procura, il mandatario è altresì legittimato ad agire, di fronte ai terzi, in nome del mandante.”

<sup>28</sup> Cf. Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 2005, p. 539.

<sup>29</sup> Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, op. cit. p. 358.

<sup>30</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio fiduciario*, Milão, Cedam, 1933, pp. 61 e ss.

Por isso, não faria sentido supor a necessidade de aquele bem ser transferido, primeiro, ao representante, e, apenas em seguida, ao terceiro adquirente. Essa explicação, aliás, ajuda a delimitar com maior precisão a própria noção de representação indireta, aproximando-se da *autorização* (*Ermächtigung*, cuja tradução literal seria “atribuição de poder”). Esta seria o “poder de dispor eficazmente, em nome próprio, de direitos daquele que autoriza”.<sup>31</sup> O autor ressalta, contudo, que tais figuras permanecem distintas, uma vez que na representação indireta há uma obrigação, e, na autorização, uma faculdade.

O mestre italiano avança, ensinando que o representante pode dispor de bens de cuja propriedade não seja titular porque a representação indireta implica que apenas os efeitos do negócio intermediado (*i.e.*, a alienação) sejam produzidos quanto à pessoa do representante indireto; logo, nada exigiria que os efeitos correspondentes à prévia aquisição do bem alienado fossem também produzidos em favor do representante.<sup>32</sup> Ou seja, não é da essência do instituto a prévia aquisição, pelo representante, dos bens que negociará. Assinale-se que essa essência foi observada pelo legislador brasileiro, ao delinear o tipo negocial da comissão. Nas palavras do autor, “(...) a venda realizada pelo comissário, não proprietário, não é venda nula, ineficaz, como venda de coisa alheia, uma vez que ele tem o poder de vender a coisa que não lhe pertence (...)”.<sup>33</sup>

Cariota Ferrara ainda noticia que o conceito de autorização é amplamente admitido pelas doutrinas alemã e italiana, e reconhecido, implicitamente, por diversas normas legais. Admite, ademais, que a *autorização* poderia enfrentar alguma dificuldade no caso de imóveis, em razão das regras que regulam o registro imobiliário na Itália. Contudo, vislumbra soluções para esse obstáculo.<sup>34</sup>

Diante disso, a segunda objeção, acima aventada, também pode ser superada. Desse modo, parece correto ver, no artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, a previsão de uma *autorização legal* (no sentido técnico aqui abordado). Se, na Itália, havia o reconhecimento implícito desse instituto por algumas normas, no caso aqui examinado, a norma foi expressa: “se a aprovar, *autorizará* a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas”.

Note-se que a visualização de uma *autorização* no artigo 252 é compatível com as demais normas da Lei das Sociedades Anônimas, ou seja, não implica qualquer contradição sistêmica. Para demonstrar essa afirmação, imagine-se uma situação absurda: suponha-se que o artigo 252 determinasse que a incorporação de ações dar-se-ia mediante o seguinte procedimento: (a) redução integral do capital da sociedade “incorporada”, com cancelamento das ações respectivas, condicionada a; (b) um subsequente aumento de capital, na medida do anterior, com emissão de novas ações; (c) subscrição desse aumento de capital pela companhia “incorporadora”, e integralização mediante a conferência de ações desta; e (d) pagamento do reembolso devido aos sócios da companhia “incorporada” em bens, quais sejam, as ações recebidas da companhia “incorporadora”.

O exemplo é um tanto quanto insólito, mas se presta a demonstrar que o legislador poderia ter-se utilizado de outras ferramentas, previstas na Lei nº 6.404/1976, para viabilizar a incorporação de ações, e o resultado seria idêntico ao da *autorização* que acabou por inserir-se no artigo 252: por meio de uma *decisão da assembleia geral*, os sócios da companhia incorporada deixariam de ter ações desta, e receberiam ações da sociedade “incorporadora”, a qual, por sua vez, passaria a deter a totalidade das ações daquela. Daí a certeza de que a autorização que a lei atribuiu à diretoria da companhia para negociar, em nome próprio, ações dos acionistas, não subverte a estrutura sistêmica da Lei das Sociedades Anônimas, e, portanto, com ela se harmoniza.

Na esteira das ponderações precedentes, pode-se completar o quadro das manifestações de vontade exigidas para a incorporação de ações. Após a manifestação de vontade do acionista, de assumir essa posição, aceitando as *regras do jogo* e a *autorização legal* constante do artigo 252, passa a ser necessária a manifestação de vontade da companhia, no sentido de *exercer a autorização que lhe foi atribuída*. No momento exato da incorporação de ações, nem faz sentido questionar a respeito da vontade individual dos acionistas, pois, ali, somente é relevante a vontade da companhia, formada pela maioria da assembleia geral.

Ainda que tivesse alguma relevância a investigação acerca da vontade específica dos acionistas quanto à incorporação de ações (o que se cogita apenas para argumentar), não se poderia afirmar que tal vontade seria ausente. Acerca da maioria, poder-se-ia dizer (embora impropriamente) que eles concordariam com a transferência das ações, já que teriam votado favoravelmente à sua conclusão. E quanto à minoria, haveria de se levar em conta a previsão, no parágrafo 2º do artigo 252, do *direito de retirada*. Uma vez não exercido esse direito, seria presumível a aceitação da operação pelos acionistas dissidentes (o negócio jurídico também se forma pelo “comportamento concludente”).

Isso se coadunaria, aliás, com o artigo 111 do Código Civil, segundo o qual “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Pela incorporação de ações, o acionista se torna sócio de outra companhia. Caso ele se comportasse normalmente em vista disso, deixando de exercer o direito de retirada, e, principalmente, passando a atuar como sócio daquela nova companhia (participando de assembleias, rece-

<sup>31</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara, *Il Negozio Fiduciario*, *op. cit.*, p. 68. Tradução livre. No original: “il negozio attributivo del potere di disporre efficacemente in nome proprio su diritti dell'autorizzante”. No mesmo sentido. Emilio Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 566): “Con essa [a autorização] l'autorizzato ottiene un potere di disposizione su diritti dell'autorizzante, o d'ingerenza nella sua sfera giuridica: potere da esplicare in nome proprio o in quello stesso autorizzante, sia nell'interesse proprio, sia anche nel concorrente interesse di lui.” E mais adiante (p. 590): “Pur potendo essere coordinata ad una finalità gestoria, l'autorizzazione o l'approvazione non ha, in quanto tale, una funzione positiva, ma solo negativa; quella di escludere il torto, la illiceità, nell'atto altrui di per sé lesivo eventualmente degli interessi dell'assenziante.”

<sup>32</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara (*Il negozio fiduciario*, *op. cit.*, pp. 67-68): “In altri termini, la rappresentanza indiretta ha il potere di far verificare in testa al mandatario in nome proprio gli effetti del negozio che egli compie nell'interesse del mandante, pel fatto che lo compie nel nome proprio, ma non ha certo il potere di produrre da sé un primo acquisto della cosa a vantaggio del mandatario, pel solo fatto che questi dovrà porre in essere relativamente ad un negozio (alienazione) in nome proprio.”

<sup>33</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio fiduciario*, *op. cit.*, p. 68. Tradução livre. No original: “(...) la vendita compiuta dallo commissionario, non proprietario, non è vendita nulla, inefficace, come vendita di cosa altrui, giacchè egli ha il potere di vendere la cosa che non gli appartiene (...)”.

<sup>34</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio fiduciario*, *op. cit.*, p. 69, notas (1) e (2).

bendo dividendos etc.), sem dúvida manifestaria a vontade (tácita) de assumir tal posição jurídica.<sup>35</sup>

Pelo exposto, não nos parece fundamentada a preocupação, manifestada pela segunda corrente, ora examinada, quanto à ausência de vontade dos acionistas na incorporação de ações. Ficou claro, nas linhas anteriores, que a lei criou um mecanismo em que a vontade, tanto do acionista como da companhia, é necessária e manifestada, embora em momentos distintos. Não há, em absoluto, falta de vontade. A ausência de uma manifestação de vontade individual pelo acionista, no momento da operação, sob a perspectiva do Direito Privado (que admite a *representação indireta* e a *autorização*), não é motivo bastante para se buscar atribuir, à transferência das ações dos acionistas da "incorporada", natureza criativamente diversa.

### 3.3.1.3. Alienação

Por fim, a segunda corrente afirma que não existe alienação na transferência de ações da sociedade "incorporada" para a sociedade "incorporadora". Tal afirmação não prospera.

Ainda que houvesse sub-rogação real na operação, haveria transferência das ações. O bem substituído deve, para que possa ceder lugar ao substituto, deixar a posição que ocupa inicialmente. Ou seja, a transferência de ações é, sob qualquer perspectiva, inegável. Acabamos de ver, outrossim, que a previsão de uma *autorização legal* para que a companhia "incorporada" disponha das ações dos seus acionistas não prejudica essa transferência.

Dessa feita, o artigo 9º da Lei das Sociedades Anônimas resolve a questão:

"Art. 9º Na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade."

Uma vez que o artigo 252 não informa, *expressamente*, a que título as ações da sociedade "incorporada" são transferidas à sociedade "incorporadora", a questão não comporta dúvidas: há transferência da propriedade daquelas ações; há *alienação* destas, na incorporação de ações.

Na esteira das ponderações precedentes, concluímos que a segunda corrente não se encontra amparada por fundamentos consistentes, nem apresenta conclusões que conduzam, adequadamente, à identificação da natureza jurídica da incorporação de ações.

### 3.3.2. Crítica à primeira corrente

A primeira corrente, a nosso ver, merece poucas críticas. Como antevisto, os seus seguidores não se preocuparam em formular construções teóricas mais aprofundadas. Antes, afiançaram-se no texto legal, que descreve, com razoável clareza, o mecanismo da incorporação de ações.

As formulações dos autores que propõem essa interpretação poderiam ter sido mais precisas acaso tivessem evitado a menção à transferência *involuntária* das ações da companhia "incorporada", uma vez que essa ideia poderia ser associada à completa ausência de manifestação de vontade dos acionistas. Isto, como demonstrado, é falacioso, na medida em que existe tal manifestação de vontade, se não quando os acionistas ingressam na sociedade (acolhendo o princípio majoritário), ao menos quando eles deixam de exercer o direito de retirada previsto no artigo 252, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/1976. A imprecisão persiste quando se reconhece que os sócios controladores transfeririam suas ações voluntariamente. Como visto, as vontades individuais não são determinantes para o aperfeiçoamento da incorporação de ações, bastando, para isso, a emissão da vontade social. Daí não haver sentido em especular se os sócios estariam agindo voluntariamente ou involuntariamente, no momento da operação.

Poderiam, ademais, os defensores da primeira corrente, ter reconhecido que o legislador criou, com a incorporação de ações, uma categoria especial de conferência de bens, que não segue o regime geral (em que há ato voluntário direto dos subscritores e existe o direito de preferência dos acionistas da companhia que realiza o aumento de capital), mas submete-se a um regime extraordinário (em que aquelas características são modificadas, havendo representação indireta, ou autorização, exercida pela companhia "incorporada", e inexistindo o referido direito de preferência).

Apesar disso, essa corrente descreveu adequadamente o fenômeno da incorporação de ações. Por isso, passamos a concluir o exame da natureza jurídica da incorporação de ações.

### 3.4. Conclusão a respeito da natureza jurídica da incorporação de ações

Ante o exposto, concluímos que a incorporação de ações é:

- i) um negócio típico do Direito Societário, voltado à concentração empresarial;
- ii) que se operacionaliza mediante:
  - a) o aumento de capital da sociedade "incorporadora", em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;
  - b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade "incorporada", também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma *autorização* para fazê-lo no lugar dos acionistas;
- iii) que apresenta os seguintes efeitos:
  - a) alienação das ações da "incorporada", a título de integralização do capital da "incorporadora";
  - b) transformação dos sócios da "incorporada" em sócios da "incorporadora"; e
  - c) conversão da "incorporada" em subsidiária integral da "incorporadora".

## 4. Tratamento Tributário da Incorporação de Ações

Definida a natureza jurídica da incorporação de ações, passemos ao exame do seu tratamento tributário.

<sup>35</sup> Francesco Galgano (*Il negozio giuridico, op. cit.*, p. 77) afirma que "caso tipico di contratto tacito è la società di fatto: più persone si comportano, di fatto, come soci senza avere mai dichiarato, né per scritto, né oralmente, la volontà di concludere un contratto di società". Ora, se o encontro de vontades pode ser apreendido no puro e simples agir como sócio, deve-se ter por certa a presença do comportamento concludente quando, no mesmo contexto (e.g., incorporação de ações), uma série de procedimentos e documentos inserem o indivíduo numa relação jurídica completamente nova, e com esta ele se mostra completamente de acordo, tanto que nada faz para dela se desvencilhar.

#### 4.1. Ganho de capital

As ações das companhias envolvidas na incorporação de ações devem, antes de transferidas, ser avaliadas por perito. Essa avaliação pode revelar, no caso das ações da companhia "incorporada", que a transferência se deva operar por valores diferentes daqueles pelos quais os acionistas as adquiriram. Em vista disso, cumpre verificar se a operação pode acarretar a apuração de ganho ou perda de capital, com reflexos na apuração do IRPJ e da CSLL.

Para o acionista pessoa física, a Lei nº 7.713/1988 estabelece o seguinte:

"Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (...)

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 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, doação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins."

Para o acionista pessoa jurídica, deve-se observar o artigo 31 do Decreto-lei nº 1.598/1971:

"Art 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

(...)

§ 3º O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (§ 1º), diminuído da provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real."

À luz dos dispositivos acima, nota-se que o evento deflagrador da apuração de ganho ou perda de capital é a *alienação* de bens (no caso de pessoa jurídica, bens do ativo permanente, dentre os quais se incluem os investimentos).

Como acima evidenciado, na incorporação de ações, existe uma verdadeira alienação (disposição do direito de propriedade) das ações da sociedade "incorporada". Logo, eventuais diferenças entre o valor de alienação de tais ações e o respectivo custo poderiam gerar a apuração de ganho (se positiva a diferença) ou perda (se negativa a diferença) de capital. O ganho de capital seria tributável para ambas as espécies de acionistas; a perda de capital seria dedutível na apuração do IRPJ devido pela pessoa jurídica tributada com base no lucro real.

Essa formulação, contudo, deve ser submetida a testes, antes que seja adotada como conclusão.

#### 4.2. Realização do ganho de capital

Não é este o espaço adequado para discutir o conceito de renda. Basta, para os efeitos aqui colimados, afirmar que a Constituição Federal discrimina, em seu arti-

go 153, inciso III, a competência da União para tributar "renda e proventos de qualquer natureza", sem, contudo, definir o que se deve entender com essa expressão.

Ora, uma vez que o conceito de renda não é unívoco, havendo diversas teorias que buscam explicá-lo, não se pode dizer que, do texto constitucional, seja possível definir o que é renda para fins de tributação no Brasil.<sup>36</sup> Certamente, argumentos históricos (a evolução da legislação) e sistemáticos (outros dispositivos constitucionais) apontam certas balizas, mas a indeterminação se mantém.

De acordo com o artigo 146, inciso III, alínea "a", do texto constitucional, cabe à lei complementar a definição do "fato gerador", da base de cálculo e dos contribuintes dos impostos discriminados na Constituição. O recorte e a definição do que é renda, portanto, é tarefa atribuída constitucionalmente ao legislador complementar. Ou seja: dentro da ampla noção econômica de renda, cabe ao legislador complementar definir o que será a renda, tomando por base princípios constitucionais explícitos (capacidade contributiva) e implícitos (v.g., mínimo existencial), e tendo em mira igualmente o desiderato de não invadir competência conferida a outro ente federal. Com a atuação do legislador complementar, a renda, antes uma noção extraída do todo constitucional, toma a forma de um conceito, limitação para a atuação do legislador ordinário.

O Código Tributário Nacional, no papel de lei complementar, posicionou-se sobre o assunto. A mera leitura do *caput* do artigo 43 revela que o Código Tributário Nacional não optou pela teoria da renda-produto ou da renda-acrécimo, admitindo, antes, que qualquer delas seja suficiente para permitir a aferição de renda tributável. Vejamos:

"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."

Revela-se, assim, que o legislador complementar buscou ser bastante abrangente em sua definição de renda e proventos de qualquer natureza: em princípio, qualquer acréscimo patrimonial poderá ser atingido pelo imposto; ao mesmo tempo, mesmo que não se demonstre o acréscimo, será possível a tributação pela teoria da renda-produto.

Uma leitura atenta do artigo 43 acima transcrito, por outro lado, leva à conclusão de que não basta a existência de uma riqueza para que haja a tributação. É necessário, em primeiro lugar, que tal renda seja adquirida, já que o texto faz referência à aquisição, levando à ideia de *realização*. De outra parte, também é necessário que haja disponibilidade sobre a renda ou sobre o provento de qualquer natureza.

<sup>36</sup> Não obstante, devem ser mencionadas as tentativas empreendidas por alguns autores de encontrar um conceito constitucional de renda. Nesse sentido, cf. os trabalhos de José Artur Lima Gonçalves (*Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 1997); Roberto Quiroga Mosquera (*Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*, São Paulo, Dialética, 1996); e Roque Antonio Carrazza (*Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)*, São Paulo, Malheiros, 2005).

Ao empregar a expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”, o legislador complementar fugiu das discussões acerca da necessidade de um efetivo ingresso de recursos, ou da licitude da atividade que gerou a renda. Econômica ou jurídica a disponibilidade, não importa: se houver esta, caberá tributação. Não é necessário indagar qual a diferença entre a disponibilidade econômica e a disponibilidade jurídica. O legislador dispensou tal discussão: seja a disponibilidade apenas econômica, seja ela apenas jurídica, seja, enfim, econômica e jurídica, de qualquer modo haverá a tributação. O que importa - e isso é relevante para o legislador complementar - é haver alguma disponibilidade. Se não houver disponibilidade, não há tributação.

Assim, por exemplo, o acionista de uma sociedade anônima não tem disponibilidade sobre os dividendos enquanto não houver uma assembleia geral determinando o pagamento destes, ainda que a referida sociedade tenha apurado lucros no exercício anterior. Afinal, pode ser que a assembleia dê outro destino aos lucros, como sua capitalização ou a constituição de reservas. Mesmo que o mencionado acionista seja o controlador da companhia, não pode ele lançar mão dos recursos sem a referida assembleia, sob pena de ser responsabilizado por acionistas minoritários. Evidenciando-se, por outro lado, que o referido acionista controlador tem plena disponibilidade sobre os recursos, não há de ser a mera formalidade jurídica suficiente para afastar a disponibilidade econômica a que se refere o Código Tributário Nacional.

Por outro lado, é bom esclarecer que o conceito de disponibilidade não exige a ocorrência de um ingresso financeiro. Basta que haja o direito *incontestável* a este ingresso, ainda que ele não ocorra. Portanto, um crédito vencido constitui renda tributável, mesmo que seu titular deixe de exigí-lo, ou apenas o exija posteriormente. Nessas circunstâncias, diz-se que a renda encontra-se *realizada*.

Bulhões Pedreira<sup>37</sup> postula que o *princípio da realização* da renda se caracteriza pelos seguintes elementos: (a) sua conversão em direitos que acresçam ao patrimônio, (b) processamento desta conversão mediante troca no mercado, (c) cumprimento das obrigações que decorrem dessa troca, e (d) mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca.

A renda se diz, diversamente, *separada*, quando é possível identificá-la separadamente de sua fonte de produção, ou seja, quando ela pode ser destacada do patrimônio, sem desfalcá-lo.<sup>38</sup>

Ao presente estudo parece ser mais sensível a noção de realização. Isto, pois, como na incorporação de ações a contrapartida pela transferência das ações da sociedade “incorporada” consiste na entrega de bens (ações da companhia “incorporadora”), poder-se-ia alegar que o eventual acréscimo patrimonial não seria passível de aferição segura, não apresentaria liquidez, nem certeza, porque o valor dos bens recebidos - ainda mais em se tratando de ações - poderia flutuar com o tempo; enfim, que a efetiva mutação patrimonial experimentada pelos acionistas da socie-

dade “incorporada” somente seria mensurável quando da futura alienação das ações recebidas, pois, apenas aí dar-se-ia a *realização* da renda.

Uma alegação nesse sentido não seria sustentável. Em primeiro lugar, não há dúvidas de que surge, para o acionista da sociedade “incorporada”, *disponibilidade* sobre ações recebidas da companhia “incorporadora”. Tais ações passam a integrar o patrimônio deste, tanto sob a perspectiva jurídica - direito real - como econômica - uma vez que o acionista se posta em posição de livremente fruir do valor agregado às referidas ações.

Para verificar se tal disponibilidade seria completa e definitiva, a ponto de se considerar eventual ganho de capital realizado, retomamos a definição proposta por Bulhões Pedreira, para testarmos se os seus elementos estão presentes na situação em exame:

i) *Conversão em direitos que acresçam ao patrimônio*: como antevisto, as ações da companhia “incorporadora” integram o patrimônio do acionista que as recebe. Eventual ganho embutido no valor destas seguiria a mesma sorte;

ii) *Processamento desta conversão mediante troca no mercado*: considerando-se uma incorporação de ações processada entre partes independentes, ou, ao menos, uma incorporação de ações em que a avaliação das ações reflita valores consistentes com a prática de mercado, creio que esse requisito deve ser reputado preenchido;

iii) *Cumprimento das obrigações que decorrem dessa troca*: para os acionistas da sociedade “incorporada”, a obrigação que se contrapõe ao recebimento das ações da sociedade “incorporadora” é a entrega das suas ações, *i.e.*, a integralização do capital subscrito. Como isso é efetivado, por força do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, pela diretoria da sociedade “incorporada”, que age como representante indireta autorizada a tanto, esse requisito também é atendido satisfatoriamente; e

iv) *Mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca*: por fim, um elemento delicado. A falta de mensurabilidade dos direitos recebidos na troca é o que justifica, por exemplo, o diferimento da tributação relativa a ganhos de capital auferidos em razão de operação de permuta.<sup>39</sup> Precisamente porque o ganho não pode ser aferido com certeza, permanecendo ilíquido, é que se tem

<sup>39</sup> Cf. acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes nº 106-16.964. Relator Giovanni Christian Nunes Campos. Sessão de 18 de novembro de 2008. Ementa: “(...) Custo do Bem Recebido em Permuta - Valor do Bem Ofertado na Permuta Constante na Declaração de Bens e Direito - Identidade - A permuta ou troca é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Tudo que pode ser objeto de uma compra e venda pode ser trocado, não sendo necessário que os bens permutados sejam de igual espécie ou valor, sendo lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel, ou ainda um bem imóvel ou móvel por um direito. Apesar de as disposições civis referentes à compra e venda serem aplicadas à troca ou permuta (art. 533 do Código Civil), não se deve esquecer que o contrato de permuta antecedeu ao da compra e venda. A interpretação tributária que restringe a permuta a troca de bens imóveis não tem base na doutrina ou na própria legislação regente do ganho de capital. Dessa forma, ao contrato de permuta, de forma geral, deve ser dado o mesmo tratamento atribuído ao de permuta de unidades imobiliárias, quando somente se pode falar em ganho de capital se houver troca. Inexistindo troca, não haverá ganho de capital, exceto se o permutante ativar em sua declaração de bens e direitos o bem recebido por um valor maior do que o dado na permuta. Assim, incabível a utilização do valor registrado na escritura de permuta como custo do bem recebido na permuta, devendo ser acatado como custo do bem recebido na permuta aquele do bem ofertado nesta avença (...).”

<sup>37</sup> Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*, Rio de Janeiro, Justec, 1979, p. 279.

<sup>38</sup> Cf. Ricardo Mariz de Oliveira, *Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 375.

reconhecido a inexistência de ganho tributável em operações dessa natureza. Mas isso não ocorre no caso da incorporação de ações, em que as ações trocadas são submetidas a *prévia avaliação*, por perito eleito pela assembleia geral da sociedade "incorporadora". Na *relação de troca* estabelecida com o fito de se identificar o número de ações que tocará a cada um dos acionistas da sociedade "incorporada", é levado em conta o valor das ações originalmente detidas, bem como o valor das ações a serem recebidas, sendo tais valores aferidos por meio de avaliações específicas. A situação, assim, aproxima-se do *recebimento de pagamentos em bens*, ou, tecnicamente falando, da *dação em pagamento*, com relação à qual tanto a doutrina como a jurisprudência<sup>40</sup> reconhecem a *realização* da renda, uma vez que o bem entregue em pagamento o é tendo-se em vista *um valor específico*. Nesse contexto, na incorporação de ações, está cumprido o requisito da mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca. Não há incerteza acerca do valor pelo qual a troca é efetiva; este é conhecido e claramente definido.

Pelo exposto, pode haver realização de renda no caso da operação aqui examinada. É, sim, *possível*, ao cabo da incorporação de ações, a apuração de ganho de capital (tributável) pelo acionista da sociedade "incorporada", caso o valor pelo qual a transferência de suas ações se efetive seja superior ao respectivo custo.

Vale, ainda, corrigir um equívoco em que se tem incorrido na tentativa de negar a realização da renda na incorporação de ações, qual seja, a equiparação dessa operação à *permuta*, ainda que para fins fiscais.

A permuta (ou troca) é o contrato por meio do qual um contratante promete uma coisa em troca de outra.<sup>41</sup> O Código Civil de 2002 (assim como o Código de 1916) não define a permuta. Limita-se, no artigo 533, a estabelecer que lhe são aplicáveis as disposições afeitas à compra e venda, com duas modificações ali descritas (relativas a custas do contrato e troca entre ascendente e descendente). Mas a troca não se confunde com a compra e venda, pois o seu objeto consiste no escambo de coisas, enquanto o objeto da primeira é a troca de coisa por dinheiro.

A necessidade de a compra e venda envolver uma prestação em dinheiro decorre de um de seus elementos essenciais: o preço.<sup>42</sup> O preço não é elemento da troca, como ensina Pontes de Miranda, ao tratar desse contrato.<sup>43</sup>

"2. Correspectividade sem Preço. Não há preço, no sentido próprio; porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro."

<sup>40</sup> Cf. Victor Borges Polizelli, *O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda das pessoas jurídicas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 202 e ss. Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes nº 106-15.757. Sessão de 16 de agosto de 2006. Ementa: "(...) IRPF - Dação em Pagamento - Nos termos do art. 356 do Código Civil, a dação em pagamento é uma forma de extinção da obrigação de pagar. por isso, os valores correspondentes a imóveis recebidos em dação em pagamento estão sujeitos à tributação pelo IRPF. (...)" Note-se que o Conselho considerou, nesse julgado, bens recebidos por pessoa física em dação em pagamento como tributáveis.

<sup>41</sup> Cf. Orlando Gomes, *Contratos, op. cit.*, p. 268.

<sup>42</sup> Art. 482 do Código Civil: "A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço."

<sup>43</sup> Cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 39, São Paulo, Borsoi, s/d.

Diante do exposto, a caracterização de uma permuta na incorporação de ações implicaria a inexistência de preço definido em dinheiro, bem como a formação de um vínculo obrigacional que tivesse por objeto a troca de coisa por coisa. Vejamos se essas condições são atendidas pela incorporação de ações.

Por força do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, haverá a *subscrição*, pela companhia "incorporada" (por conta dos acionistas desta), de aumento de capital deliberado pela companhia "incorporadora" (ainda que tal subscrição ocorra em regime extraordinário, como assinalado linhas acima). A subscrição é o negócio jurídico pelo qual o acionista *se compromete* a entregar recursos à companhia.<sup>44</sup> O capital subscrito é, portanto, a expressão da promessa feita pelo acionista.

E como é feita essa promessa? Pode alguém prometer que entregará imóveis, equipamentos, ou ações de outra companhia à sociedade emissora das ações? A resposta, negativa, aduz-se do artigo 5º da Lei, que estabelece que o capital social deve ser fixado em moeda corrente. Assim, quem subscreve o capital, compromete-se a pôr, à disposição da companhia, certa quantia de dinheiro. Daí o artigo 170 (com a redação dada pela Lei nº 9.457/1997) falar explicitamente em "preço" de emissão de ações, quando disciplina a hipótese de aumento de capital mediante subscrição:

"Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

§ 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente:

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia;

II - o valor do patrimônio líquido da ação;

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

(...)" (Original sem destaques)

Poder-se-ia dizer, nesse passo, que a Lei prevê expressamente a subscrição de capital em bens, nos seus artigos 7º e 8º. A assertiva estaria incorreta. O que a lei prevê é que o capital subscrito (a quantia prometida à sociedade) poderia ser *integralizado* (pago)<sup>45</sup> mediante a entrega de bens.

Diante do exposto, é mister concluir que, na subscrição de capital existe a estipulação de um preço, expresso em moeda. Evidência disso, aliás, é o artigo 179, que, ao tratar do acionista que descumpra a obrigação de integralizar o capital subscrito, estatui:

"Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha:

I - promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil; ou

II - mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista.

(...)"

<sup>44</sup> Cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, parágrafos 255 e ss.

<sup>45</sup> Para a distinção entre capital integralizado e capital subscrito, cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 159.

É relevante notar que a companhia poderá cobrar do acionista as “importâncias devidas”, o que põe em destaque o caráter monetário da obrigação decorrente da subscrição. Apenas para se traçar um paralelo, fosse a obrigação decorrente da subscrição centrada numa coisa (como na permuta), a companhia teria o direito de exigir a entrega desta, ou, quando muito, pleitear judicialmente uma indenização pelas perdas e danos sofridos.<sup>46</sup> Jamais poderia a companhia (também a exemplo do que ocorre na permuta) exigir o pagamento do próprio preço (que somente é “importância devida” na compra e venda).

Com base nesses comentários, vê-se que a subscrição envolve um elemento que é estranho à permuta, a saber, o preço. Além disso, o que se expôs acima também conduz a uma segunda constatação: a de que a subscrição não envolve, por essência, a troca de bens por ações. Pelo contrário, a subscrição cria a obrigação de integralizar o capital social, que é expresso em moeda. A lei, entretanto, autoriza que o pagamento dessa obrigação se dê mediante a entrega de bens, sujeitos a prévia avaliação. A integralização, que é ato jurídico *stricto sensu*, pode consistir na entrega de bens; contudo, isso não desnatura os efeitos da subscrição, *negócio jurídico*. Nesse contexto, a integralização em bens aproxima-se do instituto da *dação em pagamento*<sup>47</sup> (embora ainda sejam institutos diferentes).

Por essas razões, cremos que a incorporação de ações - na medida em que se concretiza por meio de uma subscrição de capital pelos sócios da “incorporada”, ainda que em regime extraordinário - não pode ser equiparada à permuta.<sup>48</sup>

#### 4.3. Ganho de capital apurado por acionista pessoa física

Com relação ao tratamento fiscal a que se submete o acionista pessoa física na incorporação de ações, uma evidência da compatibilidade entre a apuração de ganho de capital e o conceito de renda é oferecida pelo artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, que, ao que nos consta, nunca teve sua legalidade ou inconstitucionalidade questionada, muito menos declarada:

“Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

<sup>46</sup> Cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, *op. cit.*

<sup>47</sup> Prevista no artigo 356 do Código Civil: “O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.”

<sup>48</sup> Também entende dessa maneira, Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, *op. cit.*, p. 129), chegando a afirmar que o artigo 252 trata de uma *falsa incorporação*. O autor ainda assinala (p. 130) que, na incorporação de ações, as ações da “incorporada” servem de “moeda de pagamento” do capital subscrito. A confirmar o exposto, vale mencionar que o legislador previu a possibilidade de permuta de ações, no artigo 257 da Lei nº 6.404/1976, mas absteve-se de prever o emprego desse tipo de negócio no âmbito da incorporação de ações.

Veja-se que interessante: o dispositivo acima transcrito alude à transferência de bens a título de integralização de capital. Na incorporação de ações, ocorre uma subscrição de capital com bens sujeita a regime extraordinário. O artigo 23 da Lei nº 9.249/1995 não esclarece ser aplicável apenas a conferência de bens que segue à risca os artigos 7º a 10 do Estatuto do Anonimato, nem que ele não se aplica nos casos em que as pessoas físicas são representadas, ainda que indiretamente.

Dessa feita, o artigo acima trazido à colação poderia ser aplicado aos casos de incorporação de ações. Mas, mesmo que se concluísse não ser possível essa aplicação direta desse dispositivo - cujo escopo não foi o de criar hipótese de tributação de ganho de capital, mas *permitir* o diferimento da tributação desse ganho, mediante a transferência de bens a valor contábil - ele nos mostra que, aos olhos da legislação, é admitida a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado na troca de um bem por ações ou quotas de uma empresa.

Mencione-se, ainda, que não há óbice à conclusão acima apresentada na alegação de que não seria cabível a apuração de ganho de capital na incorporação de ações em razão de a transferência das ações da sociedade “incorporada” dar-se de maneira alheia à vontade do acionista. Como já demonstrado, não concordamos com a afirmação de que faltaria vontade na operação. Na incorporação de ações, há alienação, o que é suficiente para o surgimento do ganho, independentemente da natureza do negócio.

A questão da realização de ganho de capital apurado por pessoa física em virtude da incorporação de ações foi submetida ao crivo do então Primeiro Conselho de Contribuintes, que decidiu contrariamente ao aqui postulado, como mostra a ementa a seguir reproduzida:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2004 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, a 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 voluntário provido.”<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes nº 106-17.104. Relator Gonçalo Bonet Allage. Sessão de 18 de dezembro de 2008. Em igual sentido: Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes nº 106-17.105. Relator Gonçalo Bonet Allage. Sessão de 18 de dezembro de 2008.

No julgamento desse caso, não foi examinada a questão da realização da renda, uma vez que o colegiado acolheu a tese da sub-rogação real, cuja improcedência demonstramos linhas acima. Tal improcedência não foi ignorada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que reformou o acórdão acima colacionado, como demonstra a ementa abaixo:

“IRPF - Operação de Incorporação de Ações - Ganho de Capital.

As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo.

O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital.

Recurso especial provido.”<sup>50</sup>

É de se citar, ademais, que, com relação ao ganho de capital apurado na integralização de capital em bens, realizada por pessoa física, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como demonstra a ementa abaixo:

“Tributário. Imposto de Renda. Incorporação de Bens Imóveis de Pessoa Física ao Capital Social de Pessoa Jurídica. Acréscimo Patrimonial Tributável. Taxa Selic. Legalidade. Lei n. 9.250/95. Precedentes. Súmula n. 83 do STJ.

1. É legítima a incidência do imposto de renda na transferência de bens imóveis do patrimônio de pessoa física, a título de integralização do capital social, por se constituir acréscimo patrimonial tributável.

(...)”<sup>51</sup>

Com base nas ponderações precedentes, concluímos que o acionista pessoa física que transfira ações em razão de incorporação de ações, pode sofrer tributação sobre ganho de capital eventualmente apurado, em vista de essa transferência dar-se por valor superior ao custo das ações correlatas.

#### 4.4. Ganho ou perda de capital apurado por acionista pessoa jurídica

Para o desenvolvimento deste tópico e do seguinte, considere-se a seguinte situação hipotética, que servirá de referência para a análise a ser desenvolvida. Imaginemos a situação da pessoa jurídica “X”, que é acionista da sociedade “A”, cujas ações serão incorporadas pela sociedade “B”. Consideremos que “X” possui 100 ações de “A”, cujo valor patrimonial (contábil) total seja de R\$ 1.000,00. Vislumbramos, agora, duas hipóteses:

i) *primeira hipótese*: em razão da incorporação de ações, “B” aumenta o capital em R\$ 2.000,00, quantia correspondente ao valor avaliado<sup>52</sup> das ações de

“A”, que recebe de “X”; este, por seu turno, recebe 100 ações de “B”, com valor patrimonial (contábil) de R\$ 2.000,00;

ii) *segunda hipótese*: em razão da incorporação de ações, “B” aumenta o capital em R\$ 750,00, quantia equivalente ao valor avaliado das ações de “A”, que recebe de “X”; este, por sua vez, recebe 100 ações de “B”, com valor patrimonial (contábil) de R\$ 750,00.

Consideremos, ademais, que as sociedades acima citadas estão sujeitas à observância do método de equivalência patrimonial para avaliação de seus investimentos.

##### 4.4.1. Primeira hipótese

Na primeira hipótese, “X” alienará ações com valor patrimonial de R\$ 1.000,00, recebendo, em contraprestação, ações com valor patrimonial de R\$ 2.000,00. Diante desse cenário, surge a questão sobre qual seria o tratamento tributário aplicável.

Tomemos como premissa que “X” esteja obrigada a avaliar o investimento em “B” segundo o método da equivalência patrimonial. Em vista disso, uma primeira solução para a questão proposta seria a de que “X” haveria de reconhecer um *deságio* (artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977), na medida em que o custo do investimento em “B” (R\$ 1.000,00) seria menor que o seu valor patrimonial (R\$ 2.000,00).

Essa solução, entretanto, não parece a mais apropriada. Devemos nos lembrar, nesse momento, dos comentários anteriores a respeito dos efeitos da subscrição de capital. Esta importa a assunção, pelo subscritor, da obrigação de integralizar o capital subscrito. Desse modo, antes de se registrar o deságio acima vislumbrado, seria necessário identificar os impactos patrimoniais que a subscrição do capital de “B” (no montante de R\$ 2.000,00) ocasionaria para “X”. Tais impactos patrimoniais podem ser visualizados com maior facilidade a partir dos lançamentos contábeis que decorreriam dessa etapa da operação:

C - Capital a integralizar em “B”: R\$ 2.000,00

D - Investimento em “B”: R\$ 2.000,00<sup>53</sup>

Após a subscrição das ações em “B”, “X” procederá à integralização do capital subscrito, utilizando, para tanto, as ações de “A” que possuía. Note-se, pela esquematização seguinte, que, necessariamente, essa etapa da operação implicará o reconhecimento de uma receita, lançada em conta de apuração de resultado:

C - Investimento em “A”: R\$ 1.000,00

D - Capital a integralizar em “B”: R\$ 2.000,00

C - Resultado: R\$ 1.000,00

Vejamos por que isso acontece. Como antevisto, a subscrição de capital cria uma obrigação para o subscritor. Essa obrigação foi registrada no passivo exigível de “X”. Quando essa obrigação é adimplida, isto é, quando “X” se libera dessa obrigação, há de se verificar se aquela sacrificia ativos de mesma magnitude do passivo baixado (hipótese em que não haveria lançamento a ser feito em conta de resultado), ou

<sup>50</sup> Acórdão da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9202-00.662. Relator Elias Sampaio Freire. Sessão de 12 de abril de 2010. Em idêntico sentido: Acórdão da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais nº 9202-00.663. Relator Elias Sampaio Freire. Sessão de 12 de abril de 2010.

<sup>51</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2003/0213982-7. Relator João Otávio de Noronha. DJ de 19 de setembro de 2005.

<sup>52</sup> Evitamos utilizar a expressão “valor de mercado” porque, numa operação entre partes independentes, o valor praticado sempre é o de mercado. Atribuímos maior importância, logo, ao valor constante da avaliação que precede a transferência das ações, independentemente dos critérios que a tenham informado.

<sup>53</sup> Certamente, não é rotineira esta forma de contabilização; optamos por assim apresentar porque acreditamos facilitar a compreensão do fenômeno.

se os ativos consumidos para o desenlace do vínculo obrigacional apresentam expressão contábil diferente da referida obrigação.

Nessa primeira hipótese, "X" sacrifica ativos registrados por R\$ 1.000,00, mas, em contrapartida, libera-se de uma obrigação de R\$ 2.000,00. Tal situação evidencia que a transferência das ações não se dá, efetivamente, pelo seu valor contábil, mas, contudo, pelo valor da obrigação que tal transferência se destina a adimplir. Ou, melhor dizendo, "X" somente se libera da obrigação de R\$ 2.000,00 porque a transferência das suas ações se dá por esse valor (o qual, aliás, será o valor pelo qual as ações entrarão na contabilidade de "B", como veremos adiante). Daí ser difícil negar a existência de um acréscimo patrimonial, consistente no ganho auferido por "X" na alienação de suas ações.

Após integralizar o capital subscrito, "X" haveria de avaliar o investimento adquirido em "B" segundo o método da equivalência patrimonial. No exemplo, o valor patrimonial das ações adquiridas seria igual ao montante do capital subscrito e integralizado, de modo que não seria cabível a apuração de ágio ou deságio. De todo modo, deve ficar claro que, para esse exame, o "custo" do investimento a ser considerado por "X" seria o valor do capital subscrito e integralizado, ou seja, a obrigação que aquela assumiu e adimpliu para fazer jus às ações de "B". A partir deste custo é que poderia haver o desdobramento do valor registrado em valor patrimonial, e ágio, ou deságio, segundo o método de equivalência patrimonial.

#### 4.4.2. Segunda hipótese

A segunda hipótese é o inverso da primeira. A obrigação assumida por "X" em razão da subscrição do capital em "B" é menor que o valor contábil das ações que serão transferidas. A subscrição do capital daria origem ao seguinte reflexo contábil, nessa segunda hipótese:

C - Capital a integralizar em "B": R\$ 750,00

D - Investimento em "B": R\$ 750,00

A integralização do capital subscrito, por seu turno, acarretaria os seguintes eventos contábeis:

C - Investimento em "A": R\$ 1.000,00

D - Capital a integralizar em "B": R\$ 750,00

D - Resultado: R\$ 250,00

Como se vê, "X" acabaria por apurar uma perda de capital na hipótese em comento. Não haveria registro de ágio, ou deságio, como já falado, porque o exemplo não dá margem a essa situação.

#### 4.5. Ágio ou deságio apurado pela "incorporadora"

Passamos, agora, ao exame das consequências fiscais observadas quanto à sociedade "incorporadora", valendo-nos da mesma situação hipotética proposta acima, e considerando as mesmas hipóteses acima aventadas.

##### 4.5.1. Primeira hipótese

Nessa primeira hipótese, "B" apuraria ágio relativo ao investimento em "A". Com efeito, para "adquirir" a participação em "A", "B" sacrificaria um direito cor-

respondente de R\$ 2.000,00, surgido em razão da subscrição do capital por "X". O capital subscrito não integralizado seria registrado numa conta patrimonial específica, com saldo devedor. Após, quando da integralização, as ações seriam registradas a débito da conta de investimento, tendo como contrapartida lançamento a crédito da conta de capital subscrito a integralizar.

Na sequência, "B" procederia à avaliação do investimento em "A" segundo o método da equivalência patrimonial. Nessa etapa, o custo de aquisição do investimento seria contraposto ao seu valor patrimonial. Tal custo seria o valor do capital subscrito por "X", o qual foi integralizado mediante a transferência das ações de "A". Esse custo corresponde ao direito que "B" possuía, e que foi consumido quando da "aquisição" das ações. Mais que isso, esse custo corresponde ao preço de emissão das ações entregues por "B" a "X". Assim, poder-se-ia dizer (embora com menos propriedade técnica), também, que ele teria sido incorrido na medida em que "B" entregara ações correspondentes a esse preço a "X". Logo, o custo da participação seria, no exemplo aqui considerado, R\$ 2.000,00.

Por outro lado, o valor patrimonial das ações recebidas por "B" seria de apenas R\$ 1.000,00. Contraposto o custo do investimento ao seu valor patrimonial, seria apurada uma diferença positiva, de R\$ 1.000,00, a qual configuraria ágio. Se, no futuro, ocorresse incorporação, fusão, ou cisão, com relação a "A", o ágio receberia, a depender do seu fundamento econômico, um dos tratamentos descritos no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997. Na ausência dessas operações societárias, de toda forma, o ágio seria computado para fins de apuração do futuro ganho ou perda de capital, por ocasião da liquidação do investimento (artigo 426 do RIR/1999).

##### 4.5.2. Segunda hipótese

Na segunda hipótese, "B" apuraria um deságio. Ao contrário do que ocorreria na primeira hipótese, a diferença entre o custo do investimento (R\$ 750,00) e o seu valor patrimonial seria negativo, o que daria azo à apuração de deságio de R\$ 250,00. Se, no futuro, ocorresse incorporação, fusão, ou cisão, com relação a "A", o deságio receberia, a depender do seu fundamento econômico, um dos tratamentos descritos no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997. Na ausência dessas operações societárias, de toda forma, o deságio seria computado para fins de apuração do futuro ganho ou perda de capital, por ocasião da liquidação do investimento (artigo 426 do RIR/1999).

## 5. Conclusões

Ante todo o exposto, concluímos:

- i) a incorporação de ações é um negócio típico do Direito Societário, que se operacionaliza mediante (a) o aumento de capital da sociedade "incorporadora", em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta; e (b) a subscrição e integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade "incorporada", também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma *autorização* para fazê-lo no lugar dos acionistas;

- ii) a incorporação de ações implica alienação das ações da "incorporada", a título de integralização do capital da "incorporadora";
- iii) os acionistas, pessoa física ou jurídica, que transfiram ações em razão de incorporação de ações, podem apurar perda de capital (dedutível) ou ganho de capital (tributável), em vista de essa transferência dar-se por valor, respectivamente, inferior ou superior ao custo das ações correlatas; e
- iv) a sociedade "incorporadora" pode apurar ágio ou deságio em razão do recebimento de ações da companhia "incorporada", os quais se submeterão, conforme o caso, ao regime jurídico do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, ou àquele do artigo 426 do RIR/1999.

## A Tributação do Ganho de Capital nas Operações de Permuta

Miguel Delgado Gutierrez

1 - Neste artigo, pretendemos fazer algumas considerações sobre a tributação do ganho de capital nas operações de permuta entre pessoas físicas.

2 - A troca ou permuta é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro. É também chamado de escambo ou barganha. A permuta guarda grande analogia com a compra e venda, com a qual mantém estreito vínculo.

Ambos os contratos se diferenciam, não obstante, no sentido de que na permuta uma das partes promete uma coisa em troca de outra, enquanto na compra e venda a contraprestação há de consistir, necessariamente, em dinheiro (preço).

Qualquer coisa ou objeto *in commercium* é passível de troca: móveis por móveis, móveis por imóveis, imóveis por imóveis; coisa por coisa, coisa por direito, direito por direito. Ou seja, tudo que pode ser vendido pode ser trocado.<sup>1</sup>

Nem sempre há uma perfeita equivalência dos valores das coisas permutadas, compensando a parte que recebe a coisa de maior preço essa desigualdade com uma torna, volta ou reposição em dinheiro.

A permuta é um contrato antiquíssimo, anterior à compra e venda - que só surgiu depois do aparecimento da moeda.<sup>2</sup>

Apenas um artigo do Código Civil, o de número 533, regula a permuta, já que a ela se aplicam todas as disposições legais concernentes à compra e venda.<sup>3</sup>

Apesar da sua escassa regulamentação, não é pouco frequente a permuta de imóveis, de semoventes e de coisas em geral.

3 - No que tange à apuração do ganho de capital das pessoas físicas, determina o parágrafo 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988:



Miguel Delgado Gutierrez  
é Mestre e Doutor em Direito Tributário pela USP, Professor do Centro de Extensão Universitária e Advogado em São Paulo.

<sup>1</sup> Cf. Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito das obrigações*. 2ª parte. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

<sup>2</sup> Cf. Agostinho Alvim. *Da compra e venda e da troca*. 1ª ed. São Paulo: Forense, 1961, p. 274.

<sup>3</sup> Dispõe o aludido artigo: "Art. 533 - Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contrantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante."