

Coordenadores

FERNANDO AURELIO ZILVETI
BRUNO FAJERSZTAJN
RODRIGO MAITO DA SILVEIRA

Direito Tributário

Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda

Estudos em Homenagem a
Ricardo Mariz de Oliveira

Autores

LUÍS EDUARDO SCHOUEI
MARCO AURÉLIO GRECO
RODRIGO MAITO DA SILVEIRA
ANDRÉ FOLLONI
JOÃO FRANCISCO BIANCO
RAMON TOMAZELA SANTOS
SERGIO ANDRÉ ROCHA
FABIANA CARSONI FERNANDES
GUSTAVO LIAN HADDAD
LUÍS FLÁVIO NETO
DANIEL AZEVEDO NOCETTI

VICTOR BORGES POLIZELLI
HUMBERTO ÁVILA
FERNANDO AURELIO ZILVETI
JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES
HERON CHARNESKI
ELIDIE PALMA BIFANO
MARCOS VINICIUS NEDER
HELENO TAVEIRA TORRES
BRUNO FAJERSZTAJN
MARCIO PEDROSA JUNIOR
TELÍRIO PINTO SARAIVA



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

São Paulo – 2019

demonstração dos fundamentos para tanto, e mormente quando empresas atuam dentro da plena legalidade e dentro de margem das liberdades contratuais reconhecidos pela legislação.

Conforme o art. 254 do RIR/99, o sócio ostensivo tem a "opção legal" de realizar a escrituração das operações de SCP efetuada nos livros da própria empresa ou em livros próprios, destacados por cada uma das SCP. Os resultados da SCP devem ser apurados de modo individualizado, com segregação patrimonial da sociedade e seus sócios.

Em virtude desses requisitos de individualização, quanto a eventual prejuízo fiscal da SCP, este somente poderá ser compensado com seu próprio lucro, ou seja, derivado da SCP, sem qualquer confusão patrimonial, nos termos do art. 515 do RIR:

"Art. 515. O prejuízo fiscal apurado por Sociedade em Conta de Participação - SCP somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma SCP.

Parágrafo único. É vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais SCP ou entre estas e o sócio ostensivo."

Deveras, os investimentos dos sócios pessoas jurídicas na SCP devem ser avaliados pelo método do custo de aquisição ou pelo patrimônio líquido, de acordo com a relevância do investimento, de modo individualizado.

Quanto à tributação dos lucros distribuídos pela SCP, estes seguem o regime geral das demais pessoas jurídicas, o qual, a partir de janeiro de 1996, são isentos do incidência na fonte ou na apuração pelo beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no país ou no exterior, porque já tributados em sua origem (art. 10 da Lei n. 9.249, de 1995).

Essas consequências somente são possíveis porque as SCP são equiparadas a pessoas jurídicas, nos termos do art. 148 do RIR e são contribuintes do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e demais tributos federais. Diante disso, pela individualização da apuração do lucro (i) e da autonomia em relação com os sócios ostensivo e participantes (ii), os regimes de apuração de lucros das SCP não se comunicam ou se confundem com aqueles adotados pelos sócios.

Realização da renda em reestruturações societárias

Gustavo Lian Haddad

*Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT.
Ex-integrante do CARF. Advogado em São Paulo.*

1. Contexto

Sob a denominação de reestruturações societárias ou reorganizações societárias costumam ser agrupados vários atos e negócios jurídicos envolvendo mudanças significativas na estrutura jurídica ou econômica de uma ou mais pessoas jurídicas e de grupos empresariais¹.

Já no início da década de 1980, em trabalho monográfico sobre a tributação de reestruturações societárias lançado no Reino Unido, Gammie e Ball apontavam para a existência de tantos formatos de reestruturações societárias quanto de pessoas jurídicas inscritas no registro de empresas, haja vista a necessidade de encontrar soluções customizadas para as necessidades da vida empresarial².

Algumas formas de reorganização se tornaram tão comuns que passaram a ter regulação específica, tornando-se negócios jurídicos típicos, submetendo-se a enunciados prescritivos de aplicação cogente e a outros que reservam maior espaço à liberdade contratual.

É o caso de várias operações reguladas pela Lei das Sociedades Anônimas (LSA)³ e pelo Código Civil⁴. Operações de fusão, cisão, incorporação, incorporação de ações, aumento de capital em bens, redução de capital em bens e resgate/amortização de ações são exemplos de atos que viabilizam reestruturações societárias previstos e regulados com maior ou menor minudência pelo direito privado.

Não é incomum, por outro lado, que mais de um de tais atos se encadeiem em sequência para o atingimento de objetivos empresariais. As motivações podem ser as mais variadas - junção ou separação de negócios, formação de novos grupos empresariais, saída de sócios por interrupção do intuito associativo (*affectio societatis*), ingresso de novos sócios a um empreendimento etc.

Há, entretanto, notas comuns que invariavelmente costumam estar presentes, como a mudança na estrutura jurídica da empresa, uma certa noção

¹ VANISTENDAEL, Frans. Taxation of Corporate Reorganizations. In: THURONYI, Victor. *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2, Chapter 20. International Monetary Fund, 1988, p.2.

² GAMMIE, Malcolm; BALL, Susan. *Tax on Company Reorganizations*. Londres: Taxation Pub, 1982. p. 1.

³ Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

⁴ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

de continuidade patrimonial e a ausência de contraprestação em pecúnia, com consequente falta de liquidez e referência imediata a preço ou valor concreto.

Seja porque a operação é realizada dentro do mesmo grupo empresarial, sem que haja mudança do controle e titularidade final dos negócios envolvidos (o que torna desnecessária ou ao menos prescindível a realização de avaliações, podendo ser usados os respectivos valores contábeis), seja porque, em havendo a mudança de controle ou titularidade finais, a ausência de contraprestação em pecúnia é substituída pela realização de avaliações exigidas pelo Direito Comercial ou Contábil (referidas sob diferentes denominações como valor de mercado e valor justo)⁵.

Tais aspectos tornam as reestruturações societárias campo fértil para diferentes escolhas pelo legislador tributário quanto ao momento do reconhecimento de ganhos ou perdas atribuíveis aos elementos patrimoniais ativos e passivos envolvidos nas operações, com consequentes tensões com o princípio da realização da renda.

Aqui uma primeira aproximação com o objeto do presente trabalho. Examinar o regime jurídico adotado pelo direito brasileiro para o reconhecimento, para fins do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), dos efeitos tributários advindos de reestruturações societárias, com ênfase no maior ou menor grau de intensidade com que o princípio da realização da renda informa os diferentes regimes tributários.

Para o exame que faremos, selecionamos cinco atos ou negócios jurídicos intuitivamente associados à noção de reestruturações societárias, todos regulados no direito privado brasileiro e a maior parte de uso frequente na prática empresarial: (i) incorporação; (ii) fusão; (iii) cisão; (iv) aumento de capital em bens e (v) devolução de capital em bens.

A perspectiva, no presente trabalho, será a do direito positivo, buscando averiguar e construir o regime jurídico aplicável ao reconhecimento, para fins fiscais, de ganhos ou perdas em tais operações, com a mensuração do grau de influência do princípio da realização da renda e possíveis tensões com a sua proteção (potencialmente) assegurada pelo Código Tributário Nacional.

2. Diferentes formas de reestruturações societárias. Classificação utilizada. Perspectivas de análise

Como aponta Domingo de L'Hotellerie-Fallois, diante da multiplicidade de formas de reestruturações societárias e aos variados objetivos por elas visa-

⁵ Cite-se, por exemplo, o art. 264 da LSA, na redação conferida pela Lei n. 10.303, que prevê avaliação a preços de mercado na incorporação de controlada por controladora.

dos, seria tarefa hercúlea e quiçá impossível buscar delimitar conceito que permitisse definição com contornos precisos, com tal grau de abstração a ponto de permitir relações apriorísticas de subsunção de todas as formas possíveis a ele⁶.

Parece mais adequada, aqui, uma aproximação tipológica, não conceitual⁷, que permita descrever o fenômeno a partir das características que tipicamente costumam estar presentes (ainda que não necessariamente todas e não em todos os casos), como as já referidas anteriormente – mudança na estrutura jurídica ou econômica da empresa, noção de continuidade patrimonial e ausência de contraprestação em pecúnia.

Tal aproximação não dispensa, entretanto, a necessidade de agrupar, classificar as reestruturações em diferentes categorias, num processo de simplificação do objeto estudado com vistas a melhor apreendê-lo e explicar suas interações com a regulação tributária a ele conferida em nosso ordenamento.

Para os fins do presente trabalho, partiremos de classificação inicialmente proposta em de L'Hotellerie-Fallois para diferenciar e comparar as diferentes formas de reestruturação societária⁸, complementando-a com aspectos que consideramos relevantes para o presente trabalho e identificando os grupos a que pertencem os cinco atos jurídicos cujo regime tributário vis a vis a realização da renda propusemo-nos a examinar.

O autor se utiliza de dois elementos – (i) o envolvimento de uma ou mais pessoas jurídicas na operação e (ii) os fins visados pela operação – para classificar as reestruturações societárias.

2.1. Reestruturações envolvendo apenas uma pessoa jurídica

Nesta classificação se incluem as operações que alteram a estrutura jurídica ou econômica de uma única pessoa jurídica, sem que haja movimentação ou transferência de elementos patrimoniais entre diferentes sujeitos de direito.

Classificam-se aqui, por exemplo, as mudanças no status jurídico da pessoa jurídica – como transformação com mudança de tipos societários e deslocamento de residência fiscal entre diferentes jurisdições, sem solução de continuidade.

Tendo em vista a ausência de movimentação de elementos patrimoniais (na transformação, por exemplo, ocorre a mudança no tipo societário sem que ocorra dissolução e liquidação da sociedade⁹) e a tendência em nosso ordenamento de tributação dos diferentes tipos de pessoas jurídicas de maneira

⁶ L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo de. Chapter 1: The (Non-Definition) of Corporate Reorganizations for Combination of Businesses. In: *Reorganization Clauses in Tax Treaties*. Amsterdam, IBFD, 2014. pp. 1 e 2.

⁷ Para a distinção entre conceitos e tipos e entre o raciocínio conceitual e tipológico veja-se SCHOUER, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 279-282.

⁸ L'HOTELLERIE-FALLOIS, op. cit. (nota 6), pp. 4 a 7.

⁹ Art. 220 da LSA.

uniforme, entre nós estas operações tendem à neutralidade fiscal, sem exigir reconhecimento de ganhos ou perdas que impactem a base tributável.

A exceção, talvez, seria a mudança de residência fiscal, de resto de difícil implementação prática no Brasil sem que se promova a extinção da pessoa jurídica (o que já não mais classificaria a operação neste grupo, eis que envolveria movimentação patrimonial envolvendo outro sujeito de direito, no caso o sócio ou acionista).

Alterações na estrutura de capital da pessoa jurídica, como capitalização de lucros e de obrigações perante terceiros, também se classificam neste grupo. Pode haver impactos tributários decorrentes destas operações, mas não voltados ao momento do reconhecimento de ganhos e perdas, salvo eventuais variações no valor de obrigações objeto de capitalização, com cristalização de valor de renda antes apenas potencial¹⁰.

2.2. Reestruturações envolvendo mais de uma pessoa jurídica

Neste grupo se encontra a maior parte das operações que viabilizam reestruturações societárias, envolvendo a movimentação ou a transferência de titularidade de elementos patrimoniais ativos (direitos) e passivos (obrigações) entre pessoas jurídicas, direitos e obrigações, estes podendo formar segmentos de negócios empresariais. É do regime tributário delas, informado pelo princípio da realização da renda, que nos ocuparemos precipuamente no presente trabalho.

Conforme o efeito visado, podem ser reestruturações para (i) combinação ou (ii) separação de elementos patrimoniais.

2.2.1. Reestruturações para combinação de elementos patrimoniais

Aqui o sentido da reestruturação é o de união, junção, combinação de elementos patrimoniais entre as pessoas jurídicas envolvidas. Comporta uma subclassificação, conforme uma ou mais das pessoas jurídicas se extinguem ou não em decorrência da operação:

(i) Combinação com extinção de pessoa jurídica

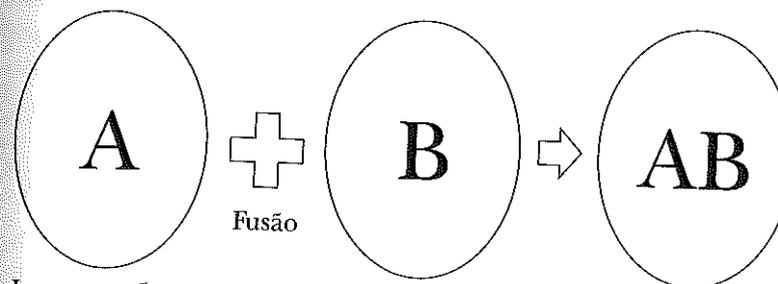
Neste grupo se computam as clássicas operações de fusão e incorporação previstas no ordenamento brasileiro, em que uma ou mais pessoas jurídicas tem seu patrimônio transferido para uma nova que se forma em decorrência da operação (fusão¹¹) ou uma ou mais pessoas jurídicas tem seu patrimônio absorvido por uma outra já existente,

¹⁰ Cite-se, por exemplo, a capitalização de obrigação de pagamento de empréstimo contraído junto a sócio ou acionista pessoa física, que pode gerar a tributação do rendimento de juros reconhecido até o momento.

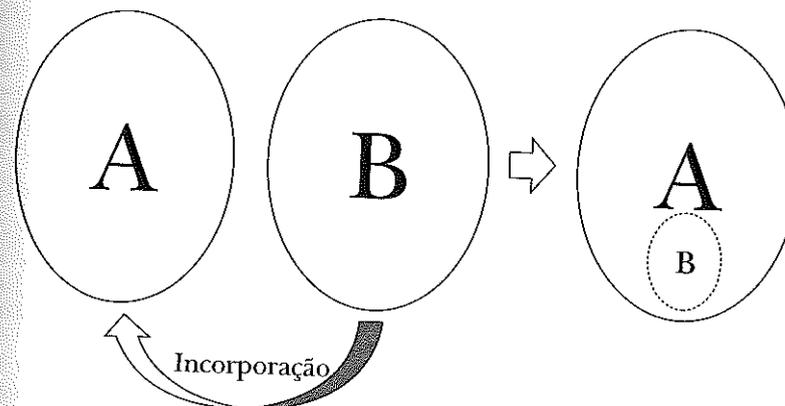
¹¹ Art. 228 da LSA.

que se se mantém em operação (incorporação¹²), representadas graficamente abaixo:

Fusão



Incorporação



(ii) Combinação sem extinção da pessoa jurídica

Também pode haver o objetivo empresarial de combinação sem que os elementos patrimoniais formalmente se destaquem da pessoa jurídica a que pertencem.

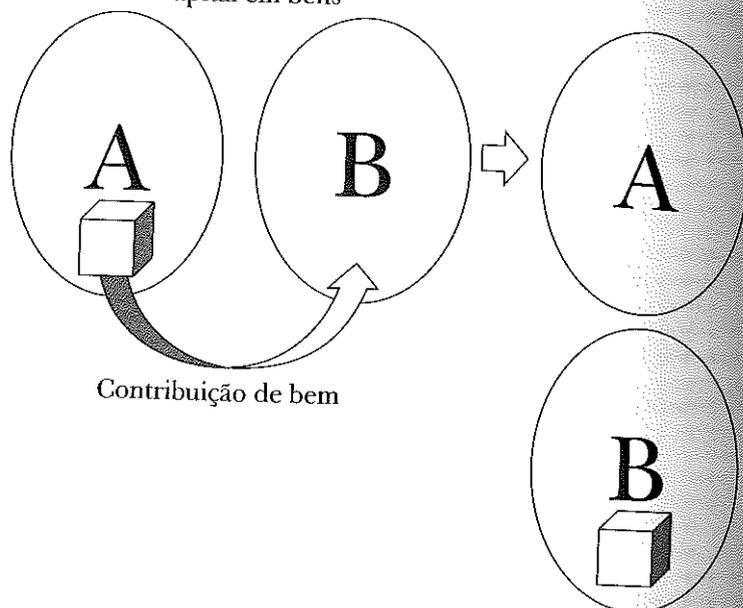
Isto acontece, por exemplo, na contribuição ao capital de nova ou existente pessoa jurídica com títulos representativos do capital de outra pessoa jurídica (ações ou quotas) ou com bens destacados do patrimônio da pessoa jurídica transferente, passando esta a participar daquela (ou a aumentar participação anteriormente detida), nos termos do art. 8º da LSA.

A doutrina denomina também tais operações de aumento de capital em bens como conferência¹³, representada graficamente abaixo:

¹² Art. 227 da LSA.

¹³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Volume 4, Tomo II – Arts. 243 a 300. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011, p. 180.

Aumento de capital em bens



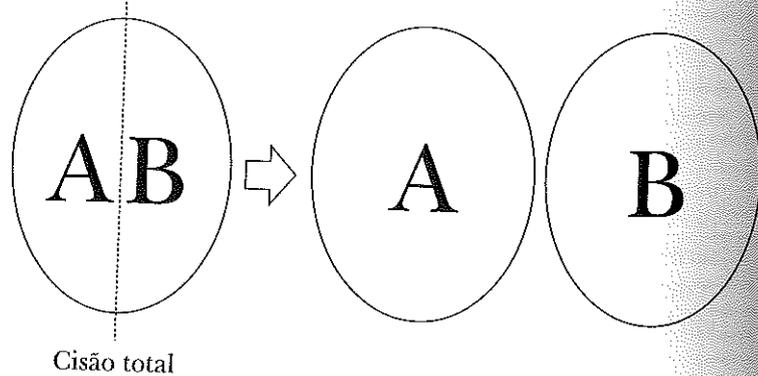
2.2.2. Reestruturações para separação de elementos patrimoniais

Neste grupo, o sentido da reestruturação é o de separação, divisão de elementos patrimoniais entre as pessoas jurídicas envolvidas. Também aqui cabe a subclassificação conforme uma ou mais das pessoas envolvidas se extingue.

(i) Separação com extinção da pessoa jurídica

Este o caso clássico da cisão total, operação pela qual a pessoa jurídica extinta tem seu acervo vertido para duas ou mais pessoas jurídicas novas ou existentes¹⁴, assim representada graficamente:

Cisão total

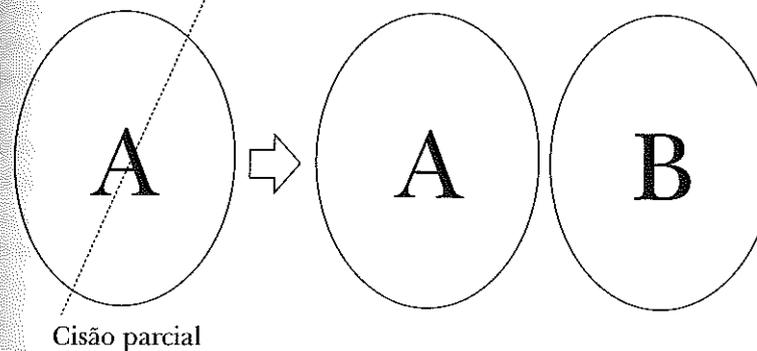


¹⁴ Art. 229 da LSA.

(ii) Separação sem extinção da pessoa jurídica

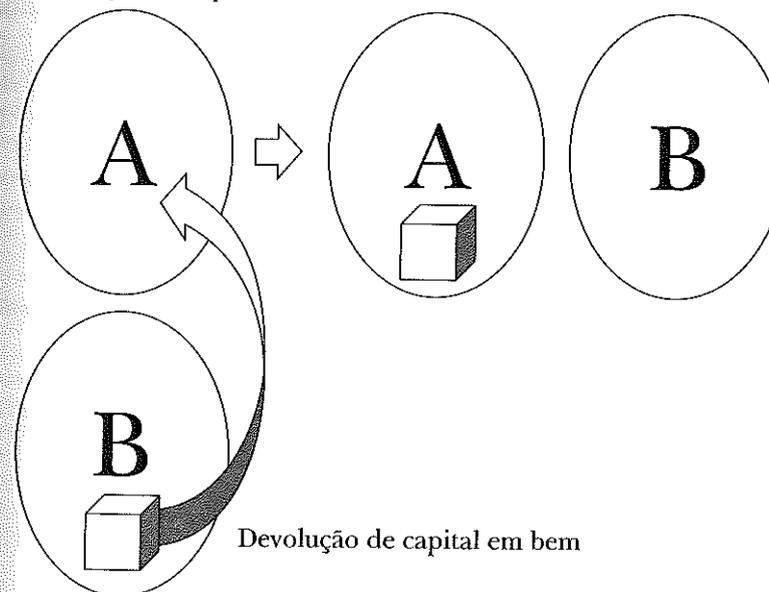
Nesta subcategoria se incluem, por exemplo, a cisão parcial, em que parte do patrimônio da pessoa jurídica é vertido para uma nova ou existente pessoa jurídica, com conseqüente transferência de participação para os sócios ou acionistas da primeira (cindida)¹⁵, assim representada:

Cisão parcial



Também se inclui nessa subcategoria a devolução de capital aos sócios ou acionistas com entrega de bens da pessoa jurídica, assim ilustrada:

Devolução de capital em bens



¹⁵ Art. 229 da LSA.

2.3. Diferentes Atores, Diferentes Perspectivas

Em trabalho patrocinado pelo Fundo Monetário Internacional voltado a técnicas de elaboração e *design* da legislação tributária dos países, Frans Vanistendael, ex Chairman Acadêmico do IBFD¹⁶, demonstra que os efeitos decorrentes do reconhecimento de ganhos e perdas em reestruturações societárias podem impactar diferentes atores envolvidos¹⁷.

Nomeadamente – a pessoa jurídica receptora ou adquirente dos elementos patrimoniais (“Receptora”), os sócios ou acionistas da Receptora (“Acionistas da Receptora”), a pessoa jurídica que tem elementos patrimoniais transferidos (“Transferente”) e os sócios ou acionistas da Transferente (“Acionistas da Transferente”).

Utilizaremos as perspectivas dos diferentes atores envolvidos na análise dos aspectos relevantes do regime jurídico-tributário aplicável à realização da renda nas operações que nos propusemos a examinar: (i) incorporação; (ii) fusão; (iii) cisão; (iv) aumento de capital em bens e (v) devolução de capital em bens.

3. Realização e operacionalização do conceito de renda

3.1. Primeira aproximação

Há intensa discussão na doutrina acerca do conceito de princípios, de seu papel no sistema jurídico e de como eles se diferenciam das regras.

A premissa referencial aqui adotada é a de que princípios são mandamentos de otimização que consagram valores caros ao ordenamento, a serem considerados e ponderados pelo legislador e intérprete objetivando a sua maior realização na medida do possível¹⁸.

O princípio da realização da renda – como mandamento de otimização – consagra valor caro ao ordenamento refletido na melhor aferição da capacidade contributiva do sujeito passivo do imposto de renda. Nosso objetivo não será o de examiná-lo em todas as suas dimensões, mas sim o de apontar aspectos relevantes de seu papel no próprio desenvolvimento do conceito de renda adotado para fins de tributação.

3.2. A realização como mitigação do modelo ideal de Imposto de Renda baseado num regime puro de *accrual*

Na concepção de um modelo ideal de Imposto de Renda pelos economistas, costuma-se mencionar o Modelo SHS como referência do “estado da arte” na matéria¹⁹.

¹⁶ International Bureau of Fiscal Documentation, com sede em Amsterdã.

¹⁷ VANISTENDAEL, op. cit. (nota 1), p.3.

¹⁸ SCHOUERI, op. cit. (nota 7), pp. 279-282.

¹⁹ HOLMES, Kevin. *The Concept of Income A Multi-Disciplinary Analysis*: Vol. 1 in the Doctoral Series. Amsterdam: Online Books IBFD, 1999, Chapter 2. Foundation Concept of Income, Summary. Disponível em: <https://online.ibfd.org/document/conc>. Acesso em 29 out. 2018.

O Modelo SHS, cuja sigla remete às iniciais de três economistas estudiosos do século passado que, através das suas contribuições, formaram o conceito – Schanz, Haig e Simons – define renda do indivíduo de modo abrangente, caracterizando-a como a soma (i) do incremento patrimonial em determinado período de tempo acrescido, (ii) dos gastos com consumo e (iii) da renda imputada²⁰ neste mesmo período²¹.

É considerado mais completo que os modelos econômicos que levavam em consideração concepções de renda psíquica ou fluxo de satisfações individuais (em vista da dificuldade de mensuração objetiva) ou de renda como conjunto de satisfações pessoais materializadas em consumo (pela sua incompletude ao não abranger acréscimos de patrimônio não consumidos).

Na concepção do Modelo SHS, o primeiro componente do conceito de renda – incremento patrimonial – decorria da simples comparação do montante do patrimônio em dois períodos distintos de tempo, mediante consideração de seu valor de mercado nestas datas. Não havia, ali, qualquer consideração sobre a realização de tal acréscimo mediante evento ou transação que conferisse a ele identidade autônoma da fonte que o gerou ou atributos de mensurabilidade e liquidez.

Corresponde esta noção a um ideal puro de *accrual*, de valorização de patrimônio independente da realização.

Foram objeções de ordem teórica e prática que levaram a contabilidade e o direito a construir, ainda que sob diferentes fundamentos, as bases para a exigência da realização da renda para sua tributação; hoje, de resto, adotada em menor ou maior grau na disciplina do imposto de renda de vários países²².

A exigência da realização da renda, e conseqüente não tributação de lucros potenciais, baseia-se na ideia de que são as trocas de mercado que melhor refletem, com segurança e confiabilidade, a manifestação de capacidade contributiva²³.

²⁰ Sobre o conceito de renda imputada, de pouca aplicação prática no direito comparado atualmente, veja-se:

CHANCELLOR, Thomas. *Imputed Income and the Ideal Income Tax*, 67 Or. L. Rev. 561 (1988) (reproduzido em CARON, Paul L., BURKE, Karen C. e MCCOUCH, Grayson M.P. *Federal Income Tax Anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson1997, 2ª tiragem) 2003, p. 142-149.

GUTIERREZ, Miguel D. Da Renda Imputada. In: *Direito Tributário Atual*, vol. 23, 2009, p. 356.

MARSH, Donald B. The Taxation of Imputed Income, 58 Pol. Sci. Q. 514 (1943) (reproduzido em CARON, Paul L., BURKE, Karen C. e MCCOUCH, Grayson M.P. *Federal Income Tax Anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson1997, 2ª tiragem) 2003, p.140-142.

²¹ HOLMES, op. cit., loc. cit.

²² Para uma análise detalhada das motivações que levaram à introdução da realização veja-se POLIZELLI, Victor. *O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ*. São Paulo, IBDT/Quartier Latin, 2012. pp. 82 a 88.

²³ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas*, vol. I. Rio de Janeiro: Justec, 1979, pp. 278-279.

Foi esta consideração que levou à adoção do regime de competência pelo Direito Contábil, segundo o qual as contas de resultado devem reconhecer as receitas e rendimentos ganhos no período e os custos e despesas correspondentes a tais receitas e ganhos²⁴.

Bulhões Pedreira explica que as receitas e rendimentos consideram-se ganhos quando todos os fatos necessários para que a pessoa jurídica adquira a disponibilidade do seu valor, ainda que não tenham sido realizados em moeda, estejam presentes²⁵.

Ademais, a apuração de valor justo ou de mercado de um bem, na ausência de transação a mercado, não é ciência exata e traz carga de subjetivismo que pode abalar a confiabilidade das informações contábeis e a segurança da apuração do tributo devido²⁶; salvo em situações em que tal aferição é considerada de mais fácil consecução (por exemplo, no caso de instrumentos financeiros).

Por isso, prevaleceu historicamente na contabilidade e na apuração das bases tributáveis do IRPJ a adoção, como regra, do critério do custo histórico, segundo o qual os elementos patrimoniais devem, via de regra, ser valorados pelo seu custo de aquisição (ou no máximo por ele, em caso da necessidade de *impairment*) até o momento em que ocorrer a respectiva realização atestada em evento crítico, quando haverá segurança quanto à definitividade na apuração do ganho ou perda²⁷.

Não obstante, e como se discutirá posteriormente, desenvolvimentos mais recentes expandiram as hipóteses em que a contabilidade afasta o custo histórico e determina a aplicação de avaliações periódicas de elementos patrimoniais, independentemente da respectiva realização, com o reconhecimento de resultados de avaliação a valor justo (AVJ) de ativos e passivos.

As hipóteses previstas no Direito Contábil remetem a situações em que ou há transação a mercado contemporânea à avaliação (caso da combinação de negócios²⁸) ou em que os elementos patrimoniais têm características que permitem maior confiabilidade na valoração a mercado (como no caso de instrumentos financeiros²⁹ e ativos biológicos³⁰).

²⁴ O regime de competência é de observância obrigatória na contabilidade brasileira nos termos do artigo 187, parágrafo 1º da LSA.

²⁵ BULHÕES PEDREIRA, op. cit., p. 279.

²⁶ Ibid., p. 280.

²⁷ Também atuam na conformação do princípio da realização outros postulados, como os da continuidade da entidade (a justificar que os ganhos potenciais sejam reconhecidos apenas nos momentos futuros em que realizados) e objetividade (a exigir confiabilidade nas valorações e julgamentos feitos pela administração). Veja-se POLIZELLI, op. cit. (nota 22) pp. 270-272.

²⁸ Pronunciamento CPC 15.

²⁹ Pronunciamentos CPC 38, 39 e 40.

³⁰ Pronunciamento CPC 29.

Como se examinará adiante, a Lei n. 12.973/2014 (Lei 12.973) busca, na maior parte dos casos, neutralizar os efeitos fiscais de tais avaliações, quando elas implicam reconhecimento de resultado antes da efetiva realização do ativo subjacente.

Por fim, merecem menção objeções de natureza prática a um regime de *accrual* puro, a como tributação de ganhos de detenção independentemente da realização, a complexidade e falta de segurança nos procedimentos de avaliação periódica de elementos patrimoniais, a falta de liquidez para pagamento do tributo e a conseqüente necessidade de alienação do bem objeto da valoração, com mácula ao postulado da neutralidade da tributação³¹.

3.3. Conceito de patrimônio para fins de aferição de renda tributável e princípio da realização no direito brasileiro

É comum a referência a duas principais teorias acerca do conceito de renda que teriam influenciado o art. 43 do Código Tributário Nacional – as teorias da renda-produto e a da renda-acrécimo³².

Em resumo, a teoria da renda-produto explica a renda como o fruto de uma fonte produtiva (o capital), que dela se separa sem que ela perca a capacidade de produzir outros frutos. Esta definição de renda também é denominada, por vezes, de teoria das fontes.

A teoria da renda-acrécimo explica a renda como a diferença positiva na comparação da situação patrimonial em um momento inicial e um momento final, com alguma proximidade com o Modelo SHS discutido anteriormente, relativizado pela realização.

A Constituição Federal autoriza a União a instituir e cobrar o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III), mas não dispõe sobre o que se deva entender por “renda ou proventos de qualquer natureza”.

A tarefa de definir o conceito ficou para o legislador complementar (por força do art. 146, III, *a*), cabe à lei complementar dispor, entre outros, sobre fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados na Lei Maior).

Neste âmbito de atribuição é que se insere o art. 43 do CTN, que dispõe ser fato gerador do Imposto de Renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de (inciso I) renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e (inciso II) proventos de qualquer na-

³¹ Peter Kaverlaars examina tais objeções e em parte rejeita seus fundamentos. *Accrual versus Realization*. In: ESSERS, Peter; Rijkers, Arie. *The Notion of Income From Capital*. Amsterdam, IBFD, 2005. pp. 128-136.

³² SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis* (Aproximações e Distanciamentos), v. 1, São Paulo: Dialética, 2010. p. 243.

tureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A doutrina identifica a formulação conceitual do inciso I com a teoria da renda-produto e a do inciso II com a teoria da renda-acréscimo. Deste modo, o legislador complementar, no exercício da competência constitucional de determinar o fato gerador do imposto de renda, teria inserido ambas as teorias no ordenamento jurídico brasileiro.

Independentemente de se determinar se a teoria da renda-acréscimo do inciso II abarcaria, como defendem alguns, a teoria da renda-fonte do inciso I (haja vista a expressão "acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior"), ou se ambas teriam função autônoma (a do inciso I a justificar, por exemplo, a tributação exclusiva na fonte de não-residentes, em que não se mensura acréscimo e se tributa o produto apenas)³³, fato é que é indubitável que acréscimos patrimoniais se inserem no campo de incidência do tributo.

Se, juridicamente, o fato gerador do Imposto de Renda é (ou inclui) um acréscimo patrimonial, é importante delimitar também o que se deve entender por patrimônio³⁴.

A visão majoritária tem sido a de que o conceito de patrimônio para fins de delimitação do fato gerador do Imposto de Renda seria aquele extraído do direito privado.

Ricardo Mariz de Oliveira explica que a adoção do conceito de patrimônio do direito privado deriva, dentre outros, do sentido do art. 109 do CTN (os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários) e da necessidade de coerência entre os diversos ramos do direito³⁵.

Referido dispositivo é o reconhecimento jurídico de que cada ramo do direito tem suas finalidades específicas e que, eventualmente, o direito tributário pode se valer de conceitos de direito privado para buscar atribuir-lhes os respectivos efeitos fiscais. Não pode, contudo, o direito tributário dar a um instituto de direito privado sua definição própria e distinta daquela que lhe dá seu ramo de origem. O autor exemplifica afirmando que o direito tributário pode aplicar a uma pessoa física o tratamento tributário de uma pessoa jurídica. Por outro lado, o direito tributário não pode estabelecer que, para seus fins, uma pessoa física (conforme o direito privado) seja pessoa jurídica³⁶.

³³ Ibid., p. 247.

³⁴ Para Ricardo Mariz de Oliveira o conceito de patrimônio é tão importante para as definições do fato gerador e da base de cálculo do imposto de renda que quase chega a estaturo de um princípio informador (elemento estrutural) destes conceitos. In OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 38-41.

³⁵ Ibid., pp. 51-52.

³⁶ Ibid., loc. cit.

Nesta linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que o direito tributário não poderia agregar ao patrimônio algo que, nos termos do direito privado, não lhe diga respeito, nem dele retirar nenhum elemento que nele estivesse contido no âmbito da regulação privatista.

Sobre a dependência que a doutrina tradicionalmente atribui da ideia de acréscimo patrimonial ao conceito de patrimônio tal como definido no direito privado, Luís Eduardo Schoueri ressalva que o conceito de patrimônio previsto pelo Direito Comercial (ou mais especificamente pelo Direito Contábil) também pertence ao direito privado.

Por esta razão, não seria correto afirmar que o único sentido possível da definição do patrimônio para fins de integração do conceito de renda seria o do direito civil. Para Schoueri, portanto, as regras contábeis envolvidas na definição e valoração do patrimônio também poderiam servir de parâmetro para a construção do fato gerador do Imposto de Renda³⁷.

Parece-me que procede a ressalva de Schoueri quando afirma que tanto o conceito de patrimônio regulado pelo Direito Civil quanto o conceito de patrimônio construído no Direito Contábil são categorias de direito privado às quais o direito tributário pode se referir, ou tomar como ponto de partida como direito de sobreposição.

A resposta, então, dependerá da análise do direito positivo aplicável a cada caso, no sentido de examinar de qual conceito (se o de direito civil ou do direito contábil) este parte para aferir a existência de acréscimo patrimonial ou renda disponível.

Neste ponto, é fato que a Lei n. 12.973, que cuidou de regular os impactos tributários das novas regras contábeis introduzidas no Brasil para a adoção do padrão internacional do IFRS, parece, na maior parte dos casos, ter mantido forte apoio nos conceitos de patrimônio do direito civil, evitando a tributação de variações patrimoniais não vinculadas a acréscimos de direitos definitivamente adquiridos segundo aquele ramo do direito.

Esta constatação se reflete, por exemplo, na neutralização dos efeitos dos chamados ajustes a valor presente e AVJs pela Lei n. 12.973, a serem reconhecidos para fins do IRPJ e da CSL tão somente no momento da realização dos respectivos elementos patrimoniais por alienação ou liquidação³⁸, conceitos próprios do Direito Civil. Clara, aqui, a influência do princípio da realização ainda preso a eventos do Direito Civil, não obstante a liquidez aparente de certos instrumentos objetos de tais mecanismos contábeis de avaliação.

Tal diploma deve ser examinado também sob a ótica do que, segundo o art. 43 do CTN e abstraindo-se das discussões acerca do que sejam disponibi-

³⁷ SCHOUERI, op. cit. (nota 32), p. 250.

³⁸ Arts. 4º, 5º e 13 a 19 da Lei 12.973.

lidade econômica e disponibilidade jurídica da renda, deva se entender por aquisição da renda, ou por renda realizada.

É comum nesta matéria a referência a precedente da Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *Macomber*. *Macomber* era sócia de uma companhia denominada Standard Oil que, em determinado período, pagou dividendos em ações de sua emissão (*distribution of dividends in kind*). Sobre essas ações recebidas por *Macomber* em pagamento de dividendos, pretendia-se cobrar o Imposto de Renda. A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu inconstitucional a cobrança por considerar que não havia, no caso, renda realizada (o que, nos termos deste precedente, implica dizer simplesmente que não havia renda a tributar)³⁹.

Schmalbeck e Zelenak explicam que, embora a Suprema Corte nunca tenha formalmente revertido o entendimento de *Macomber*, ela sinalizou em julgamentos posteriores que a exigência da realização na tributação da renda não seria mais uma questão constitucional, e sim decorrente de conveniência administrativa para afastar as objeções de falta de liquidez e outras apontadas anteriormente⁴⁰ para um regime de *accrual* puro⁴¹.

Não obstante, a importância de *Macomber*, apontam os autores, estaria na constatação de que a estrutura básica do Imposto de Renda é, sim, de um imposto baseado na realização de ganhos (*realization-based*), e não na simples valorização patrimonial (*accretion-based*).

No Brasil o tema da realização da renda é central para a definição do momento em que a renda pode ser tributada.

Fernando Aurelio Zilveti, em trabalho sobre o princípio da realização da renda⁴², descreve a realização da renda como “a possibilidade efetiva do cidadão para arcar com o tributo sem reduzir seu capital produtor, respeitando o mínimo existencial e a capacidade contributiva”.

Com base na doutrina de Brandão Machado, afirma que a principal característica da realização é a certeza da separação da renda em relação ao patrimônio, ao bem ou ao direito do qual se vai obter o ganho, e entende que a separação da renda é condição para a sua realização.

Separação pressuporia a aquisição de disponibilidade jurídica sobre a renda, enquanto a realização decorreria de a renda separada se tornar economicamente realizada.

³⁹ U.S. SUPREME COURT, *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189, 1920.

⁴⁰ Vide 3.2 acima.

⁴¹ SCHMALBECK, Richard; ZELENAK, Lawrence. *Federal Income Taxation*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 259-262. Por exemplo no caso *Helvering vs. Bruun*, decidiu-se que, além da realização mediante o recebimento de dinheiro em caixa, a realização pode ocorrer com a troca de propriedade ou com a conclusão de uma transação.

⁴² O princípio da realização da renda In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.), *Direito Tributário - Homenagem a Alcides Jorge Costa*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 298-328.

Ricardo Mariz de Oliveira⁴³ parte dos sentidos terminológicos da palavra *realização*, que são dois. Um designa o recebimento de pagamento, que pode ser uma renda ou um provento. O outro se refere a efeitos decorrentes de baixas de ativos (vendas, perdas, depreciações, amortizações ou exaustões).

Analisando a essência do que seja a realização da renda, afirma que ela se confunde com a própria aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou do provento de qualquer natureza; pois é neste momento que ocorre o acréscimo patrimonial, que este acréscimo patrimonial se tornou efetivo, ainda que não realizado em pecúnia.

Sobre a separação, esclarece que ela não é elemento definitivo e suficiente para que se admita materializado o fato gerador do imposto de renda – o elemento decisivo para tanto é a realização.

Para bem divisar os dois conceitos, o autor usa o exemplo do simples acréscimo de valor ao próprio ativo (exemplo bastante afeto aos casos de ganhos decorrentes de ajustes de avaliação a valor justo). Este simples acréscimo já está separado do patrimônio que o originou, mas ainda não se transformou em realidade. Para que se realize, requer a ocorrência de algum “fato real de mutação patrimonial”.

Victor Borges Polizelli estudou o tema com profundidade em monografia a ele dedicada. Explica que, a princípio, a realização da renda pode ter como enfoque o acréscimo de valor ou um evento crítico determinado. O enfoque no acréscimo de valor leva em conta variações de valor de ativos como causa geradora de acréscimos patrimoniais. Já o enfoque em um evento crítico leva em conta o momento em que é possível determinar com segurança que todas as condições geradoras do acréscimo patrimonial estão satisfeitas. São usuais as referências aos momentos da entrada no caixa, da troca no mercado, do andamento da produção e o final da produção como eventos críticos⁴⁴.

Bulhões Pedreira aponta quatro requisitos para que se caracterize a realização do lucro: (a) cumprimento da obrigação pela pessoa jurídica; (b) com conversão em direitos que acresçam ao patrimônio; (c) mediante troca no mercado e (d) que tenham valor líquido e mensurável⁴⁵.

Polizelli identifica elementos parecidos, com algumas variações: o cumprimento da obrigação, a mudança de posição patrimonial (que pode se refletir pelo acréscimo de direitos ou pela redução de obrigações), a troca no mercado e os dados de mensurabilidade, liquidez e certeza⁴⁶.

O cumprimento da obrigação pela pessoa jurídica seria elemento fundamental para a realização, mas não se pode dizer que seja indispensável, ha-

⁴³ OLIVEIRA, op. cit. (nota 34), pp. 367 a 388.

⁴⁴ POLIZELLI, op. cit. (nota 22), p. 251.

⁴⁵ BULHOES PEDREIRA, op. cit. (nota 23), p. 279.

⁴⁶ POLIZELLI, op. cit. (nota 22), p. 255.

vendo situações em que ocorre a realização de um acréscimo patrimonial sem que haja uma contraprestação correlata (o autor usa a doação como exemplo) ou um negócio jurídico bilateral (o exemplo citado é o da extinção de um passivo pela morte do credor). O autor ressalva, contudo, a existência de doutrina contrária a esta posição, segundo a qual não há renda tributável nos casos em que não há contraprestação porque nestes casos não há exploração do patrimônio⁴⁷.

Por mudança de posição patrimonial, quer-se dizer que a realização somente ocorre quando há mudança de forma ou substância dos direitos que compõem o patrimônio.

Para o direito tributário, o elemento da mudança de posição patrimonial deve ser entendido como aquisição de riqueza nova (*a aquisição de disponibilidade a que se refere o art. 43 do CTN*). E o marco temporal desta aquisição, novamente, deve ter como referencial a disciplina jurídica prevista pelo direito privado⁴⁸.

Quanto à troca no mercado, e com apoio em Bulhões Pedreira, entende o autor que interessa apenas aos casos em que a renda deriva de negócios jurídicos contraprestacionais, sendo desnecessária em outros casos⁴⁹.

São, por fim, elementos do princípio da realização da renda a mensurabilidade, a liquidez e a certeza. A mensurabilidade exige possibilidade de demonstração do valor econômico atribuído aos bens e serviços trocados. A liquidez diz respeito à aptidão de bens que não são dinheiro nele serem convertidos. A certeza diz respeito à segurança quanto ao recebimento do valor correspondente⁵⁰.

Na contabilidade, a exigência da realização ainda se faz presente na maior parte dos casos, inclusive no reconhecimento de certos efeitos de reestruturações societárias.

Não obstante, tornaram-se mais comuns, desde a adoção do padrão contábil internacional, situações em que as determinações do direito contábil capturam ganhos ou perdas potenciais a partir de elementos que não se traduzem em tais eventos críticos determinadores da aquisição de direito novo.

Isso se explica, na maior parte das vezes, pelo objetivo de prover informações úteis aos usuários das demonstrações financeiras, especialmente no caso de elementos patrimoniais de mais fácil aferição de valor justo.

Esta constatação não foi ignorada pela Lei n. 12.973, que regulou os efeitos tributários de tais elementos contábeis trazidos pela nova contabilidade. Ao fazê-lo, a Lei n. 12.973 parece ter sido fortemente influenciada pelo prin-

⁴⁷ Ibid., especificamente p. 258.

⁴⁸ Ibid., pp. 259-263.

⁴⁹ Ibid., especificamente p. 266.

⁵⁰ Ibid., pp. 269-270, especificamente as notas 236, 237 e 238.

cípio da realização, instituindo regime jurídico-tributário que acaba, na maior parte dos casos, por reconhecer ganhos e perdas apenas quando efetivamente realizados.

Tais aspectos serão considerados no exame do regime tributário de determinadas formas de reestruturação societária que nos propusemos a examinar e das questões a ele relativas que dizem com a realização da renda.

4. Reestruturações societárias e elementos do princípio da realização

Como referido anteriormente, reestruturações societárias costumam envolver questões relevantes quanto à necessidade e momento para o reconhecimento de ganhos e perdas, sendo campo fértil para tensões com o princípio da realização da renda.

Há características de tais operações que, por vezes, as afastam parcial ou totalmente dos elementos do princípio da realização de que tratamos da Seção 3 – (a) cumprimento da obrigação pela pessoa jurídica; (b) com mutação patrimonial ou conversão em direitos que acresçam ao patrimônio; (c) mediante troca no mercado e (d) com mensurabilidade e liquidez.

A noção de continuidade patrimonial presente em muitas delas, como nas operações de incorporação, fusão e cisão, com sucessão de direitos e obrigações e continuação da atividade empresarial, denota a ausência dos elementos de cumprimento da obrigação da pessoa jurídica e conversão em direitos que acresçam ao patrimônio.

Por outro lado, reestruturações societárias entre empresas sob controle comum, sem troca em mercado livre e independente, afastam outro elemento presente no princípio da realização.

Por fim, a ausência de referência a preço, ou contraprestação em pecúnia, nota característica de muitos atos jurídicos que viabilizam reestruturações societárias, podem, em alguns casos, comprometer os atributos de mensurabilidade e liquidez, prejudicando a certeza no reconhecimento de ganhos e perdas.

Estes aspectos explicam a razão pela qual, em muitos casos, o legislador tributário decide não reconhecer ganhos ou perdas para fins fiscais em tais operações e/ou não acionar (*trigger*) a tributação de ganhos ou perdas contabilmente registradas no passado, mas cujos efeitos fiscais haviam sido postergados para o momento da realização.

O legislador age, assim, ou informado pelo princípio da realização, ou por motivações práticas voltadas a impedir as desvantagens que um sistema de valorização pura e simples (*accrual*) pode trazer – falta de liquidez, comprometimento da neutralidade e da segurança da tributação, complexidade na avaliação etc.⁵¹.

⁵¹ Vide 3.2 acima.

Isso não significa, entretanto, que todas as formas de reestruturações societárias sejam fiscalmente neutras em nosso ordenamento. Há, sim, aquelas sem reconhecimento de efeitos fiscais, mas há também reestruturações cuja neutralidade é parcial ou totalmente afastada; causando, por vezes, espécie no operador do direito.

Identificar e explicar os aspectos que conduzem a tais resultados diversos é meu objetivo. Para tanto, e tal como já referido anteriormente, consideramos o regime tributário de cinco operações previstas no direito privado e que foram alocadas em diferentes grupos na classificação discutida na Seção 2. A saber: (i) incorporação; (ii) fusão; (iii) cisão; (iv) aumento de capital em bens e (v) devolução de capital em bens.

No direito comparado é comum encontrar-se, no corpo da legislação de Imposto de Renda, conjunto de dispositivos organizados em seção única ou centralizada para regular impactos fiscais de reorganizações societárias⁵². Esse não foi o padrão adotado no Brasil.

Entre nós há um sem número de dispositivos, esparsos em diferentes partes da legislação tributária, que podem ter impacto na construção de normas jurídicas reguladoras dos efeitos de IRPJ e CSL em reestruturações societárias.

Não obstante, foi possível, a partir da análise e decomposição dos enunciados e com apoio na regulação dos institutos de direito privado por eles tomados como materialidade para regulação de efeitos fiscais, sistematizar o tratamento fiscal aplicável a partir da identificação de fatores que levam a diferentes resultados em termos de reconhecimento de ganhos e perdas para fins fiscais e acionamento de efeitos fiscais passados diferidos.

Tais aspectos são, a nosso ver, primordialmente os seguintes:

- (i) qualificação dos efeitos jurídicos dos atos que viabilizam a reestruturação como sendo (ou não) de sucessão, com conseqüente continuidade (ou não) patrimonial ínsita ao próprio instituto de direito privado;
- (ii) ainda que ausente na regulação própria de direito privado o efeito de sucessão acima referido, consideração pelo legislador da existência de um sentido de continuidade de atividade (não mais continuidade por sucessão jurídica) merecedor de tratamento fiscal favorecido em algumas situações; e,

⁵² Por exemplo, nos Estados Unidos o *Internal Revenue Code* tem uma seção específica dedicada a reestruturações societárias – *corporate reorganizations* (Section 368), que as define e estabelece requisitos para sua neutralidade fiscal. Ausentes tais requisitos pressupõe-se o reconhecimento de ganho tributável. No âmbito da União Europeia, por outro lado, há diretiva que regula os efeitos fiscais de reorganizações societárias entre pessoas estabelecidas nos diversos Estados Membros, estabelecendo condições para sua neutralidade de modo a tutelar as liberdades fundamentais (Diretiva 2009/133/CE).

- (iii) regime contábil aplicável, dependente de saber se a operação resulta em troca a mercado ou não.

Pois bem. Examinando o regime jurídico dos atos objeto de nosso trabalho, percebe-se que a qualificação jurídica de sucessão patrimonial, sem solução de continuidade, está presente na regulação privatista das fusões, incorporações e cisões, afastando diversos elementos do princípio da realização – não há cumprimento de obrigação nem mudança patrimonial, por exemplo.

O direito tributário toma tal aspecto em consideração na regulação dos respectivos efeitos fiscais, tendentes à neutralidade. Na Seção 5 abaixo nos dedicaremos a examinar o fenômeno mais detidamente, com decomposição de implicações fiscais na seara dos institutos contábeis comuns no padrão IERS (como ajustes a valor presente e avaliações a valor justo). Trataremos, inclusive, de situação em que a Receita Federal do Brasil (RFB) parece não ter bem apreendido a natureza jurídica de tais operações.

Por outro lado, o efeito jurídico da sucessão patrimonial não está presente nos aumentos e reduções de capital com bens: atos contraprestacionais, com cumprimento de obrigação, que resultam na alienação dos elementos patrimoniais envolvidos.

Deles cuidaremos na Seção 6, mostrando a diferença em relação às fusões, cisões e incorporações quanto aos institutos contábeis comuns no padrão IERS e demonstrando que, em alguns casos, o legislador, não obstante a presença de potencial evento tributável por alienação, opta pela neutralidade por considerar presente um possível sentido de continuidade da atividade pela Receptora dos bens no aumento de capital ou pelos Acionistas da Transferente na redução de capital.

Por fim, na Seção 7 examinaremos o impacto que o regime contábil aplicável no âmbito das chamadas combinações de negócios pode ter no reconhecimento de ganhos e perdas tanto dos atos de sucessão patrimonial tratados na Seção 5 (fusões, incorporações e cisões) quanto nos atos de alienação discutidos na Seção 6 (aumentos e reduções de capital com bens).

Verificar-se-á que a contabilidade dá relevância ao elemento “troca a mercado” do princípio da realização, exigindo a avaliação a valor justo em reestruturações em que ocorre transferência de controle final de ativos. O legislador tributário, por sua vez, parece ter optado por manter como fator decisivo na atribuição de efeitos de IRPJ e CSL o dado de caracterização ou não de sucessão patrimonial, sem solução de continuidade, neutralizando na seara de referidos tributos os efeitos contábeis diversos de tal diretriz.

5. Incorporações, fusões e cisões como atos de sucessão patrimonial

Nas incorporações, fusões e cisões, a transferência dos elementos patrimoniais ocorre por sucessão total ou parcial. As administrações das pessoas

jurídicas Transferente e Receptora pactuam diretamente a transação, com impactos indiretos para os respectivos Acionistas.

Estabelece textualmente o art. 227 da LSA que a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Redação parecida neste ponto têm os arts. 228⁵³ e 229, parágrafo 1^o⁵⁴, que tratam respectivamente das fusões e cisões.

O fenômeno da sucessão implica que a universalidade de elementos que compõem o acervo das pessoas jurídicas incorporada (na incorporação), fundida (na fusão) ou cindida (na cisão total) é transferida às pessoas jurídicas sucessoras, sem que cada item individualmente considerado seja tratado individualmente como tendo sido alienado, havendo continuidade da titularidade dos elementos patrimoniais pela sucessora.

Na cisão parcial o fenômeno jurídico é similar, com a diferença de que o conjunto parcial de ativos e passivos da pessoa jurídica cindida vertido na cisão é considerado também uma universalidade, transferida por sucessão para a pessoa jurídica receptora.

Não custa repetir – em tais operações a transferência de titularidade opera como resultado da sucessão universal ou parcial de patrimônio, e não como decorrência de atos individuais de alienação ou transação, mantendo os elementos patrimoniais transferidos suas características originais, prazo, condições etc., refletindo a continuidade da situação patrimonial.

Tais circunstâncias foram muito bem apontadas pela Coordenadoria do Sistema de Tributação em 1985, no Parecer Normativo CST n. 6, de 31 de julho de 1985, no qual se lê:

2.1. Segundo entendimento consagrado em atos normativos da Secretaria da Receita Federal, nos casos de incorporação, fusão e cisão não acontece descontinuidade na vida das empresas, tendo em vista que as obrigações tributárias das sucedidas continuam a ser cumpridas pelas sucessoras, como se não houvesse alteração nas firmas ou sociedades. Não há, a rigor, baixa de bens e direitos de um patrimônio e ingresso em outro, mas, sim, a transposição de patrimônio de uma para outra pessoa jurídica, que sucede a primeira nos direitos e obrigações. (grifos de transcrição)

Interessante, por fim, apontar a observação de Modesto Carvalhosa no sentido de que, embora em decorrência de incorporação, fusão e cisão total a

⁵³ Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

⁵⁴ Art. 229 (...) § 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida se extinga, o fenômeno jurídico que se opera é distinto daqueles de atos de dissolução por liquidação.

Na incorporação, fusão ou cisão a pessoa jurídica receptora do acervo transferido sucede a pessoa extinta em todos os direitos, obrigações e responsabilidades dos negócios em curso, os quais se mantêm íntegros quando ao direito material subjacente, nos prazos convencionais ou legais. Na dissolução por liquidação, por outro lado, os sócios ou acionistas da pessoa jurídica adquirem os ativos e passivos transferidos, em ato de alienação que cria novas aquisições, sujeitando-as a novo regime jurídico se for o caso⁵⁵.

Tal quadro jurídico informa vários enunciados prescritivos que regulam efeitos fiscais de tais operações, inclusive afastando o reconhecimento de eventos de realização.

5.1. Perspectiva da transferente – não realização de ajustes a valor presente relativos a elementos patrimoniais transferidos

Na esteira da modernização do Direito Contábil brasileiro a partir do alinhamento com os padrões internacionais, os arts. 183, VIII e 184, III da LSA foram alterados para prever a realização de ajustes a valor presente (AVP) de ativos e passivos de realização no longo prazo.

Os AVPs refletem, no resultado contábil do período, receitas ou despesas financeiras representativas do valor financeiro implícito em direitos e obrigações de longo prazo de valor fixo.

Os arts. 4º e 5º da Lei n. 12.973 estabeleceram que tais receitas e despesas financeiras não devem, em geral, produzir efeitos fiscais até determinados eventos de realização, inclusive mediante *depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, no caso de aquisição a prazo de ativo*.

As operações de cisão, incorporação ou fusão que envolvam direitos ou obrigações em relação aos quais tenha havido reconhecimento prévio de AVP não devem desencadear eventos de realização e reconhecimento dos efeitos fiscais do AVP, eis que não caracterizam, pelas razões já expostas, alienação ou outro ato previsto como apto a desencadear tais efeitos, em vista da condição de atos de sucessão patrimonial como já explicado.

5.2. Perspectiva da transferente – não realização de ajustes a valor justo de elementos patrimoniais transferidos

Como explicamos em 3.2, historicamente tem sido comum que as demonstrações financeiras sejam elaboradas com base no custo histórico (recuperável) dos elementos patrimoniais. Tal critério diz respeito ao valor pelo

⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Volume 4, Tomo I – Arts. 206 a 242. São Paulo: Saraiva, 5. ed. 2011, p. 316.

qual um determinado elemento patrimonial ingressou na entidade, corresponde ao valor de entrada deste elemento. No caso de ativos, o valor de entrada pode eventualmente ser reduzido em razão da perda de seu valor recuperável.

Não obstante, o custo histórico recuperável tem sido, em alguns casos, substituído por outro modelo como forma de proporcionar informações contábeis mais úteis aos usuários.

Para isto, as normas e padrões internacionais de contabilidade em muitos casos recorrem à exigência de AVJ em determinados casos.

O Pronunciamento CPC 46 (CPC 46), inspirado no IFRS 13, define valor justo como o valor correspondente a uma estimativa do "preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração."

O valor justo é uma aproximação do valor pelo qual um determinado elemento sairia do patrimônio da entidade, em condições de mercado. Ao contrário do custo histórico, o valor justo é um valor de saída.

A avaliação a valor justo é exigida em determinadas situações previstas no Direito Contábil, como por exemplo: (i) ativo imobilizado no momento da adoção inicial do novo padrão contábil (*deemed cost*) prevista no ICPC 10; (ii) produtos ou serviços recebidos em transações com pagamentos baseados em ações (CPC 10); (iii) ativos adquiridos e passivos assumidos em operações que resultam em combinação de negócios (CPC 15), cujo regime contábil examinaremos mais detidamente na Seção 7; e (iv) ativos biológicos (CPC 29).

A Lei n. 12.973 regulou o tratamento fiscal dos efeitos contábeis da AVJ. Prevê em seus arts. 13 e 14, em suma, que, preenchidos determinados requisitos (notoriamente o controle em subconta), os valores positivos (ganhos de AVJ) ou negativos (perdas de AVJ) que transitem pelo resultado do período terão seus efeitos neutralizados para fins fiscais (via adições ou exclusões do lucro real) até o momento em que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado.

A questão que então surge é a de saber se, tendo havido reconhecimento de AVJ com tributação (no caso de ganho) ou dedução (no caso de perda) diferida em relação a determinado ativo ou passivo, deve tal ganho ou perda ser "acionado" para fins fiscais no momento em que ocorre a transferência do ativo ou passivo por incorporação, fusão ou cisão.

Como já demonstrado, as operações de incorporação, fusão e cisão resultam em sucessão universal ou parcial para o conjunto dos itens do acervo transferido, não representando alienação ou baixa deles, que continuam juridicamente a ser operados pela sucessora sem solução de continuidade.

Assim, a transferência de elementos patrimoniais em relação aos quais tenha havido registro de AVJ com efeitos fiscais diferidos não acionará o reconhecimento de tais efeitos, que permanecerão latentes até que os eventos de realização previstos em lei (alienação, baixa, depreciação etc.) aconteçam nas sucessoras.

Este o teor do art. 26 da Lei n. 12.973, segundo o qual os ganhos e perdas de AVJ transferidos em decorrência de incorporação, fusão ou cisão terão, na sucessora, o mesmo tratamento tributário que teriam na sucedida.

Tal previsão, a nosso ver, apesar de didática e muito bem-vinda, seria até desnecessária, eis que seu conteúdo decorre logicamente do próprio regime jurídico de sucessão aplicável aos efeitos das operações de incorporação, fusão e cisão.

Trata-se, a rigor, de exemplo do que a doutrina denomina desoneração ou isenção técnica, não própria, que conforma o fato gerador por meio de uma descrição geral, mais abrangente do aspecto material, seguida de uma desoneração, que estreita o alcance daquela hipótese mais genérica para evitar que alcance materialidade não permitida pelo ordenamento⁵⁶.

No caso – a hipótese geral prevista nos arts. 13 e 14 da Lei n. 12.973, que contempla o reconhecimento dos efeitos fiscais do ganho ou perda de AVJ no momento da realização por alienação ou baixa do ativo ou passivo, foi seguida de uma desoneração técnica, didática, prevista no art. 26 do mesmo diploma, no sentido de que nas operações de sucessão empresarial (incorporação, fusão ou cisão) não ocorre realização, mas sim transferência dos ganhos ou perdas para a sucessora, que deverá manter o mesmo tratamento tributário da sucedida.

5.3. Perspectiva da transferente – Valores correspondentes a diferenças de adoção inicial e a diferenças acumuladas entre depreciação contábil e fiscal. Equívoco no entendimento da RFB na SC Cosit 659 acerca de valores correspondentes a adoção inicial e diferenças de taxas de depreciação contábil e fiscal

Na esteira do raciocínio acima exposto merece críticas o posicionamento adotado pela RFB na Solução de Consulta Cosit n. 659, de 27 de dezembro de 2017.

No que interessa ao presente caso, entendeu a Coordenação do Sistema de Tributação que operação de cisão representaria realização de ativos transferidos para a sucessora, e conseqüente reconhecimento de ganho tributável, em duas situações que não contam com a previsão expressa textual do art. 26 da Lei n. 12.973, acima tratado.

⁵⁶ SCHOUBERTI, op. cit. (nota 7), p. 258.

(i) Diferenças de Adoção Inicial

As diferenças entre o valor contábil de ativos no momento inicial da aplicação da Lei n. 12.973 ("Custo Contábil") e aquele que existiria se fossem aplicadas as regras contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, antes da adoção do padrão IFRS pela contabilidade brasileira, que serviu de referência para fins fiscais durante toda a vigência do Regime Tributário de Transição que vigorou antes da entrada em vigor da Lei n. 12.973 ("Custo Fiscal") receberam a denominação de diferenças de Adoção Inicial e foram reguladas pelos arts. 64 a 70 do referido diploma legal.

Tais diferenças, desde que preenchidos determinados requisitos, deveriam ser controladas para tributação (no caso de diferenças positivas) no momento da realização do ativo, *inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa*⁵⁷.

A posição da Cosit foi no sentido de que a cisão, com versão de ativos que tivessem valores de Adoção Inicial com reconhecimento fiscal diferido, seria considerada "baixa", impondo a realização com tributação de diferenças positivas face à ausência de dispositivo como o do art. 26 da Lei n. 12.973, prevendo a transferência para a sucessora.

(ii) Diferenças acumuladas entre Depreciação Contábil e Fiscal

A partir da adoção do padrão IFRS pela Lei n. 11.638/2007 e a regulação contábil que se seguiu a ela⁵⁸, a prática contábil brasileira aboliu a possibilidade de utilização apriorística de taxas de depreciação de ativo imobilizado fixadas pela legislação tributária, exigindo que estas, na contabilidade, levem em consideração o prazo esperado de vida útil e expectativa de geração de fluxos de caixa do ativo ("Depreciação Contábil")⁵⁹.

A legislação fiscal, entretanto, continuou a admitir a utilização de taxas fixas, previstas em ato normativo editado pela RFB, como baliza que oferece mais segurança e praticabilidade à apuração de bases tributáveis ("Depreciação Fiscal")⁶⁰.

Diante da possibilidade de a Depreciação Contábil resultar em taxas inferiores àquelas previstas para a Depreciação Fiscal, gerando despesa contábil inferior à admitida na apuração do lucro tributável, o art. 40 da Lei n. 12.973 introduziu o § 15 ao art. 57 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, prevendo a possibilidade de que a dife-

⁵⁷ Artigo 66, *caput* da Lei 12.973.

⁵⁸ No que respeita ao ativo imobilizado, especial relevância tem o Pronunciamento CPC 27.

⁵⁹ Conforme o capítulo "Valor depreciável e período de depreciação" do Pronunciamento CPC 27 (parágrafos 50 a 59).

⁶⁰ Conforme art. 124 da Instrução Normativa RFB n. 1.700.

rença positiva entre a Depreciação Fiscal e a Depreciação Contábil seja objeto de exclusão na apuração do lucro real, "compensando" o efeito da despesa menor de depreciação no resultado contábil. A partir do período de apuração em que o montante acumulado da Depreciação Fiscal atingir o limite máximo correspondente ao custo de aquisição do bem a despesa contábil passa a ser adicionada na apuração do lucro real, de modo a evitar dupla dedução (§ 16 do art. 57 da Lei n. 4.506/1964). Trata-se, de todo rigor, de efeito puramente temporário.

Ademais, prevê o art. 31, § 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977, também introduzido pela Lei n. 12.973, que a *parcela de depreciação anteriormente excluída do lucro líquido na apuração do lucro real deverá ser adicionada na apuração do imposto no período de apuração em que ocorrer a alienação ou baixa do ativo*. Assim, se ocorrer alienação ou baixa do ativo antes de esgotada a Depreciação Contábil, a diferença acumulada entre a Depreciação Fiscal e a Depreciação Contábil deve ser imediatamente oferecida a tributação.

Pois bem. Também aqui entendeu a Cosit que a operação de cisão representa realização por baixa do ativo transferido para a sucessora, aplicando-se a hipótese do art. 31, § 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977, com conseqüente tributação da diferença acumulada entre a Depreciação Fiscal e a Depreciação Contábil no momento da cisão.

A ausência de previsão legal expressa, para a hipótese, de transferência dos valores, como a do art. 26 da Lei n. 12.973, também serviu de amparo para a posição externada pelo órgão fazendário.

A posição da Cosit comporta reservas relevantes por romper com a visão construída pela própria RFB ao longo dos anos acerca da natureza jurídica dos efeitos das operações societárias de cisão, fusão e incorporação. Concentro minhas objeções em dois pontos principais.

Primeiramente, operação de cisão não resulta em alienação ou baixa de ativos, não materializando as hipóteses de realização previstas nos diferentes dispositivos aplicáveis – art. 66 da Lei n. 12.973 e art. 31, § 6º do Decreto-lei n. 1.598/1977.

Como já demonstrado anteriormente, o direito brasileiro histórica e sistematicamente caracteriza os efeitos de operações de cisão sobre os elementos patrimoniais vertidos como de transferência por sucessão e continuidade patrimonial, sem interrupção. Não há, na cisão, alienação de ativos por falta de caráter contraprestacional.

Além disso, o efeito também não é o de baixa dos ativos vertidos da cisão, ao contrário do que invocado na manifestação da Cosit.

Embora não haja definição legal expressa do que seja baixa, há vários indicativos no ordenamento que permitem construir os contornos do conceito.

O primeiro é o de que legalmente o conceito de baixa não se confunde com o de alienação, já que ambos (alienação e baixa) são apontados autonomamente em vários dispositivos da legislação (inclusive da Lei n. 12.973). O trato sistemático da matéria recomenda, assim, que se entenda que baixa representa algo diferente de alienação.

Se baixa não se confunde com alienação, a aproximação com o uso comum na linguagem sinaliza o efeito de algo que deixa de ser relevante, que não tem mais utilidade ou função para aquilo a que se destinava.

O Direito Contábil, de cujos conceitos o legislador do IRPJ se vale, por vezes, para definir efeitos fiscais, estabelece que a baixa contábil do ativo ocorre (a) por ocasião de sua alienação (parte do conceito não absorvida pela lei fiscal pelas razões já explicadas) ou (b) quando não há expectativa de benefícios econômicos futuros com a sua utilização ou alienação. Tal previsão é explícita no item 67 do Pronunciamento CPC 27 (Ativo Imobilizado).

A ausência de expectativa de benefícios econômicos futuros com a utilização ou alienação, nos termos do item 67 do CPC 27, remete à noção de que o ativo deixa de ser relevante, não tem mais utilidade ou função.

Este, a nosso ver, o conceito de baixa para fins do IRPJ e da CSL, cujos contornos são confirmados quando se examinam exemplos específicos referidos pelo legislador tributário – quando expressamente atribui o efeito de baixa a algum evento específico, o legislador refere-se a situações em que o ativo deixou de existir ou deixou de ter utilidade ou função.

Elucidativa, neste ponto, a referência aos dispositivos do art. 31, *caput* do Decreto-lei n. 1.598, que regula o reconhecimento de ganhos ou perdas de capital relacionados a ativos não-circulantes em vários eventos, inclusive a “baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão”; e do art. 43, parágrafo único da Lei n. 12.973, que confere determinado tratamento fiscal a perdas “decorrentes de baixa de bens ou direitos em virtude de terem se tornado imprestáveis ou obsoletos ou terem caído em desuso”.

Ora. Perecimento, extinção, desgaste, obsolescência, exaustão, bens imprestáveis ou obsoletos, bens que caíram em desuso, são todas expressões que sem sombra de dúvida remetem à não utilidade, não função, inexistência real do ativo baixado.

Nenhuma delas se aplica à hipótese de cisão (ou fusão ou incorporação). Aqui, não se cogita de ausência de utilidade ou função do ativo, que continua existente e funcional no estágio em que se encontra, sendo transferido ou vertido por continuidade patrimonial característica de sucessão para a Receptora.

Por isto que, já em 1985, a RFB afirmara, no Parecer Normativo CST n. 6, mencionado anteriormente no presente trabalho, que nas operações de cisão, incorporação e fusão *não há, a rigor, baixa de bens e direitos de um patrimônio e ingresso em outro, mas, sim, a transposição de patrimônio de uma para outra* (item 2.1).

Tudo quanto acima dito já é suficiente para constatar que, não havendo baixa de ativo por conta da cisão, incorrente a hipótese de realização vislumbrada pela Cosit a justificar o reconhecimento fiscal das diferenças de Adoção Inicial e de excesso acumulado de Depreciação Fiscal sobre Depreciação Contábil.

Por fim, a alegação de que, para tais hipóteses, não haveria a previsão expressa de transferência como aquela do art. 26 da Lei n. 12.973 (existente para o AVJ), não teria o condão de afastar a conclusão acima.

Retomando brevemente a exposição anterior acerca deste dispositivo, ele não veicula isenção ou desoneração própria, mas sim desoneração técnica, voltada a esclarecer que, face à própria natureza de sucessão patrimonial dos efeitos das operações de fusão, cisão e incorporação, os valores com reconhecimento fiscal diferido deverão manter na sucessora o mesmo tratamento existente na sucedida.

Tratou o legislador de estabelecer os contornos da incidência para adequá-la às exigências do art. 43 do CTN (conceito de renda) e à própria regulação jurídica de tais operações, que não resultam em alienação ou baixa de ativos, mas sim em transferência deles por sucessão, com continuidade patrimonial.

Tal característica é suficiente para atribuir o tratamento de sucessão pela via interpretativa, ainda que não haja previsão textual expressa em lei, não sendo faculdade, mas sim obrigação, da Receptora conferir aos valores transferidos/recebidos o mesmo tratamento fiscal anteriormente existente na Transferente sucedida.

Esta é também a visão historicamente adotada pela regulamentação editada pela RFB, de que é exemplo o item 6 da Instrução Normativa n. 7, de 27 de janeiro de 1981 segundo o qual *a pessoa jurídica resultante de fusão ou cisão, a que incorporar outra e a que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida, deverá manter registros de controle dos valores cuja apropriação tiver sido diferida e que devam influenciar a determinação do lucro real de exercício futuro, (...)*.

Face aos fundamentos acima expostos, seria salutar que a RFB revisse a posição adotada na Solução Cosit n. 659, evitando tratamento incompatível com o ordenamento, não havendo prejuízo ao fisco ou assimetria de tratamento; já que tais diferenças continuariam submetidas, na pessoa jurídica Receptora (sucessora), ao mesmo regime tributário aplicável à Transferente (sucieda).

5.4. *Perspectiva dos acionistas da transferente – sucessão de atributos e custo de aquisição*

A qualificação jurídica de sucessão, e não de alienação, dos elementos patrimoniais transferidos também tem reflexos no regime aplicável aos sócios ou acionistas da sociedade incorporada, fundida ou cindida, que recebem

participação societária na sucessora (Receptora) em substituição à participação que detinham na sucedida (Transferente).

O Parecer Normativo CST n. 39, de 10 de outubro de 1981, bem qualifica a situação, atribuindo-lhe os respectivos efeitos.

Aponta o Parecer, com apoio em Pontes de Miranda, que nas incorporações e fusões *há persistência do vínculo social, e a finalidade da lei, ao regulá-las, foi a de evitar solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e o hoje, e implicam que se admitam na sociedade incorporante ou fundente os acionistas ou sócios da sociedade incorporada ou fundida.* (item 2.1).

Explica que o fenômeno que se opera em relação à substituição das participações societárias dos sócios e acionistas da sucedida é o da subrogação de universalidades. Por outras palavras, um bem fica no lugar de outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser, em qualquer momento, universalidades, como ocorre nos casos mencionados de fusão, incorporação e cisão.

Termina por concluir com o entendimento de que as quotas ou ações recebidas em substituição não podem consideradas “novamente” adquiridas ou subscritas, pelo que sua data de aquisição original deve ser mantida para todos os fins, inclusive para gozo do benefício fiscal então examinado previsto no art. 4º, *d*, do Decreto-lei n. 1.510/76.

Embora o benefício fiscal referido não mais esteja em vigor, o raciocínio formulado na referida manifestação fazendária é adotado para fundamentar a posição de que a substituição das ações ou quotas detidas pelo sócio ou acionista na pessoa jurídica fundida, incorporada ou cindida não deve ser considerada alienação, afastando-se o reconhecimento de ganho de capital pela pessoa física ou não-residente.

Ademais, como decorrência lógica do fenômeno de sucessão, o acionista pessoa física (ou não residente, ao qual se aplica por remissão o regime de ganho de capital das pessoas físicas residentes⁶¹) deve manter o mesmo custo de aquisição da participação original, fenômeno conhecido como *carry over* ou *roll over* no direito comparado⁶².

Este entendimento vem sendo repetidamente manifestado pela administração fiscal no chamado “Perguntas e Respostas”, publicado anualmente para auxiliar os contribuintes na elaboração da declaração de rendimentos da pessoa física⁶³.

⁶¹ Art. 18 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

⁶² VANISTENDAEL, op. cit. (nota 1), pp. 22 e 23.

⁶³ No Perguntas e Respostas 2018 o tema é tratado na Pergunta 568: “SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES – CISÃO, FUSÃO OU INCORPORAÇÃO 568 – Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação? A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação, pela transferência de parcelas de um

6. Aumentos e reduções de capital com bens como atos de alienação

O que se disse acima para as incorporações, fusões e cisões, mormente quanto ao regime jurídico de direito privado e de direito tributário que confere tratamento coerente com o de sucessão de universalidades com continuidade patrimonial, não se aplica às operações de aumento e redução de capital com bens.

Embora tais operações possam envolver a continuidade da exploração de atividade pela Receptora (no caso do aumento de capital) ou pelos Acionistas (no caso das devoluções de capital) a perspectiva do direito aplicável à espécie não é de transferência de patrimônio por sucessão, mas sim a de negócio bilateral que resulta na alienação ou liquidação de bens, com contraprestação.

Os elementos de cumprimento da obrigação e de mudança patrimonial, relativos ao princípio da realização, verificam-se presentes nestes atos. Vejamos.

No aumento de capital em bens, regido pelo art. 8º da LSA, o Acionista transfere bem de sua titularidade à pessoa jurídica Receptora, recebendo em contrapartida ações ou quotas de emissão desta (ainda que parte do aumento seja destinado a uma reserva de capital nos termos do art. 182, parágrafo 1º da LSA). Há cumprimento de obrigação por parte do Acionista e da pessoa jurídica, e efetivo deslocamento da titularidade do bem em ato de transação, sem a continuidade patrimonial juridicamente qualificada típica das cisões, fusões e incorporações.

Efeito assemelhado ocorre da devolução de capital em bens. O Acionista devolve parte do capital social que detinha (liquidação parcial) e em contrapartida recebe os bens objeto da devolução que antes eram detidos pela sociedade. Novamente há cumprimento de obrigação por parte da pessoa jurídica Transferente que promove a redução de capital e efetivo deslocamento patrimonial, em ato típico de alienação.

Há outras operações que podem envolver devolução de bens da sociedade para sócios ou acionistas, sem necessariamente reduzir a conta de capital social, como resgate de ações e liquidação, mas para fins do presente trabalho centraremos a análise na operação de redução de capital em bens.

Em ambos os casos há, para o receptor/adquirente do bem, nova aquisição, sujeita ao regime jurídico aplicável no momento do ato de aumento ou redução de capital, tornando irrelevantes, para ele adquirente, os atributos fiscais que o bem tinha quando detido pelo alienante (data de aquisição, etc.), salvo disposição expressa em contrário na legislação.

patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda. A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária. Atenção: O montante das novas participações societárias deve ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária. (Parecer Normativo CST nº 39, de 1981)”

Importante diferenciar, aqui, a continuidade patrimonial no sentido de sucessão juridicamente qualificada, não ocorrente nas operações de aumento e redução de capital com bens como já demonstrado, com a noção até intuitiva de que tais atos não retiram os bens da mesma “cadeia” patrimonial, já que o bem conferido ao capital continua indiretamente a fazer parte do patrimônio do Acionista (agora como participação societária) e que o bem objeto de redução de capital faz com que algo detido remotamente (via participação societária) passe a ser detido diretamente pelo Acionista⁶⁴.

Pois bem. Da caracterização como alienação (e como decorrência aquisição para a parte receptora do bem) e da não sujeição ao regime jurídico de sucessão, próprio das operações de incorporação, fusão e cisão, resulta que as operações de aumento de capital e de redução de capital em bens podem ter impactos (i) para ganhos e perdas contábeis reconhecidos no passado com efeitos fiscais diferidos e (ii) para o próprio reconhecimento de ganhos ou perdas como decorrência das operações de aumento e redução de capital.

6.1. *Perspectiva do transferente – realização de ganhos ou perdas de AVP reconhecidos anteriormente*

Como tais operações resultam em alienação, eventuais ganhos ou perdas de AVP cujo reconhecimento tenha sido diferido, mas que estão incluídos no valor contábil do bem ao qual o AVP se relaciona, serão considerados realizados no momento do aumento ou redução de capital utilizando tal bem como meio de pagamento.

Esta consequência decorre da norma construída a partir do texto exposto dos arts. 4º e 5º da Lei n. 12.973, segundo os quais tais ganhos e perdas têm seu efeito fiscal diferido para o momento da realização do ativo, inclusive mediante alienação, como nas hipóteses examinadas.

Importante ressaltar que para quem receber os bens em aumento ou devolução de capital os respectivos custos de aquisição, para fins fiscais, serão correspondentes ao valor atribuído ao bem no aumento ou devolução, já incluindo conforme o caso o valor do ganho ou perda de AVP reconhecida pela Transferente.

Isto decorre da necessária simetria de tratamento entre as partes envolvidas na transação e da coerência exigida do legislador, como corolário do princípio da isonomia. O legislador, ao fazer escolhas na regulação fiscal da matéria, deve aplicá-las coerentemente ao conjunto de efeitos possíveis⁶⁵.

⁶⁴ Veja-se POLIZELLI, op. cit. (nota 22), p. 329.

⁶⁵ Cf. LANG, Joachim. *Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer*. Köln: Otto Schmidt, 1988. p. 122.

6.2. *Perspectiva do transferente – realização de ganhos ou perdas de AVJ reconhecidos anteriormente. Acerto da manifestação da RFB em solução de consulta*

As considerações acima relativas ao AVP também cabem *mutatis mutandis* aos ganhos e perdas de AVJ relativos aos bens objeto da operação e que tenham tido seu reconhecimento fiscal diferido.

Caracterizada a alienação dos bens nas operações de aumento e redução de capital, tem lugar a aplicação do disposto nos arts. 13 e 14 da Lei n. 12.973, segundo os quais a realização, inclusive por alienação, implica o reconhecimento imediato (tributação ou dedução, conforme o caso, dos valores diferidos anteriormente).

Não surpreende, assim, a manifestação da RFB na Solução de Consulta Cosit n. 415, de 8 de dezembro de 2017, na qual expressou o entendimento de que em redução de capital com bens, ainda que pelo respectivo valor contábil, o ganho de AVJ cuja tributação havia sido diferida deve ser considerado realizado com a alienação e saída do patrimônio da pessoa jurídica, sendo acrescido ao lucro tributável para fins de IRPJ e CSLL⁶⁶.

A mesma consequência se aplica, em princípio, aos ganhos ou perdas de AVJ relativos a ativos objeto de aumento ou conferência de capital. Não obstante, especificamente em relação a esta operação (aumento de capital em bens) a mesma Lei 12973 trouxe regulação específica⁶⁷, informada possivelmente pela ideia de continuidade da atividade empresarial, que merece exame mais detido. Como ela está vinculada ao regime contábil do aumento de capital voltaremos ao tema na Seção 7 abaixo.

6.3. *Perspectiva do transferente – reconhecimento de ganhos ou perdas na própria operação de aumento ou redução de capital*

Coerentemente com o quanto já exposto anteriormente, não há óbice sob o prisma do conceito de renda para que a legislação fiscal estabeleça que, nas

⁶⁶ ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA – IRPJ
EMENTA: PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. DEVOUÇÃO DE CAPITAL EM BENS E DIREITOS AVALIADOS A VALOR JUSTO. ALIENAÇÃO. VALOR CONTÁBIL. POSSIBILIDADE. ADIÇÃO DO GANHO CONTROLADO POR SUBCONTA.

A pessoa jurídica pode efetivar a transferência de bens aos sócios por meio da devolução de participação no capital social (redução de capital) pelo valor contábil, não gerando, assim, ganho de capital. No entanto, o valor contábil inclui o ganho decorrente de avaliação a valor justo controlado por meio de subconta vinculada ao ativo, e, quando da realização deste, qual seja, transferência dos bens aos sócios, o aumento do valor do ativo, anteriormente excluído da determinação do lucro real e do resultado ajustado, deverá ser adicionado à apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 9.249, de 1995, art. 22; Lei nº 12.973, de 2014, art. 13 e IN RFB nº 1.700, de 2017, arts. 41, 97 e 98.

⁶⁷ Arts. 17 e 18 da Lei 12.973.

operações de aumento ou redução de capital com bens, eventual ganho de capital correspondente à diferença entre o valor atribuído ao bem e o respectivo custo de aquisição fiscal seja submetido a tributação.

Esta, inclusive, a posição que prevaleceu no Brasil a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, é comum no direito comparado que, em determinadas condições (notoriamente quando os bens constituem um fundo de comércio ou participações relevantes) que se postergue o reconhecimento da tributação de tais ganhos ou perdas para momento posterior ao do aumento ou redução de capital. As motivações são as mais variadas, mas usualmente informadas pela noção de continuidade da atividade empresarial pelo Receptor, que tornaria economicamente ineficiente a tributação de ganho antes de haver troca em mercado com terceiros⁶⁸.

No Brasil o art. 23 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995 ("Lei 9.249") autoriza que, em operações de aumento de capital em bens envolvendo Acionista pessoa física, atribua-se aos bens conferidos o valor de custo de aquisição, sem reconhecimento de ganho tributável, ou o valor de mercado, em cujo caso o Acionista deve tributar a diferença entre tal valor e custo de aquisição, enquanto a Receptora registra o bem pelo valor de aquisição.

No caso de aumento de capital em bens por Acionista pessoa jurídica também há regime específico para o tratamento dos ganhos de capital na conferência de bens, regulado pelo art. 17 da Lei n. 12.973. Como este tratamento toma por referência dados advindos do regime contábil voltaremos a ele na Seção 7 abaixo.

Por outro lado, na operação inversa (redução de capital) há conhecida previsão no art. 23 da Lei n. 9.249, no sentido de que ela poderá ser efetivada pelo respectivo valor contábil ou de mercado do bem, havendo neste último caso reconhecimento de ganho tributável pela pessoa jurídica Transferente. Para o Acionista pessoa física ou jurídica que adquire o bem em redução de capital aquele será registrado segundo o mesmo critério (valor contábil ou de mercado) adotado pela pessoa jurídica Transferente.

A despeito da utilização do valor contábil na redução de capital, pelo que não haverá a apuração de ganho a tributar, a operação será considerada como de alienação, resultando na tributação de eventual ganho de AVJ que tenha sido reconhecido no passado como explicado em 6.2.

⁶⁸ Na União Europeia a Diretiva 2009/133/CE, que regula os efeitos fiscais de reorganizações societárias entre pessoas estabelecidas nos diversos Estados Membros, estabelece a neutralidade fiscal de operações de (i) "entrada de ativos", definida como aquela pela qual uma sociedade contribui ao capital de outra outros ativos e passivos que formam um ou mais ramos de atividades (artigo 2º, alínea d") e (ii) "permuta de ações", pela qual uma sociedade (Sociedade A) adquire participação em outra (Sociedade B) mediante entrega de ações de sua própria emissão.

7. Interação com o regime contábil

7.1. Antes da adoção do padrão IFRS

O regime contábil das Reestruturações Societárias sofreu mudanças relevantes com a adoção do padrão IFRS pela contabilidade brasileira.

No regime anterior a legislação tributária em muito influenciava a prática contábil, em fenômeno de dependência inversa em que a prática contábil por vezes preferia seguir a regulação fiscal da matéria, ou a legislação tributária expressamente determinava a adoção de determinado critério contábil⁶⁹.

Nesta esteira, previa o art. 21 da Lei n. 9.249, em sua redação original, que "a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado".

Como se percebe, apesar de inserto em diploma legal voltado à tributação (Lei n. 9.249/1995) o dispositivo não se limitava a regular efeitos tributários, indo além para prever métodos contábeis para levantamento do balanço específico de incorporação, fusão ou cisão.

A prática empresarial demonstrava que na grande maioria dos casos a opção era pela utilização do critério de valor contábil, mesmo em transações entre partes não relacionadas, adotando-se, quando necessário, relação de troca pelos valores econômicos, como previsto na LSA.

A principal razão para a adoção de tal procedimento era evitar o reconhecimento de ganho tributável que ocorria quando adotado o critério do valor de mercado, inclusive porque a legislação complementar tinha dispositivo de legalidade discutível que estabelecia que adotado um critério ele deveria ser adotado por todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação societária⁷⁰.

O tratamento das operações de aumento e redução de capital com bens não era diferente. Com amparo nos dispositivos da legislação tributária que autorizavam a realização de tais operações pelo critério do valor contábil ou de mercado (vide item 6.3 acima), ou diante da ausência de obrigatoriedade

⁶⁹ Victor Polizelli, em estudo sobre a integração entre o Balanço Contábil e o Balanço Fiscal, examina o fenômeno de influência do Direito Tributário sobre o Direito Contábil, a que denomina integração inversa, balanço único com dependência inversa ou liderança do direito tributário, conforme a proposta classificatória adotada. Cf. POLIZELLI, Victor. Balanço Comercial e Balanço Fiscal: Relações entre o Direito Contábil e o Direito Tributário e o Modelo Adotado pelo Brasil. In COSTA, Alcides Jorge. SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. ZILVETI, Fernando Aurelio (Coords.). *Revista de Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2010, v. 24, pp. 599, 600, 604 e 607.

⁷⁰ Art. 59 da Instrução Normativa SRF 11, de 21 de fevereiro de 1996: "Art. 59. O critério de avaliação dos bens e direitos - valor contábil ou de mercado - adotado para a incorporação, fusão ou cisão, deverá ser observado igualmente por todas as empresas envolvidas na operação".

expressa de adoção do valor de mercado, a prática empresarial privilegiava claramente a realização de tais operações pelo critério do valor contábil, mesmo em transações entre partes não vinculadas.

7.2. Após a adoção do padrão IFRS – combinação de negócios como elemento decisivo

A influência do regime tributário sobre a prática contábil nesta matéria arrefeceu com a adoção do padrão IFRS pela Lei n. 11.638 e os pronunciamentos contábeis que se seguiram. O Direito Contábil atualmente em vigor passou a ter critério autônomo para a definição do regime contábil, não opcional e independente do quanto previsto na lei tributária.

Esta (a lei tributária) passou, quanto a este tema, a um modelo de dependência parcial da contabilidade, tendo o art. 21 da Lei n. 9.249/1995 sido alterado pelo art. 9º da Lei n. 12.973 para prever que “a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, observada a legislação comercial”.

Note-se a mudança de paradigma. Na redação anterior, referida em 7.1, o dispositivo prescrevia o método contábil ou de mercado como opções do contribuinte. Na redação atual, ele determina que deverá ser observado o que estabelece a legislação comercial, que representa o Direito Contábil.

Pois bem. O critério decisivo para se determinar o tratamento contábil da reestruturação societária no regime atual é a sua caracterização ou não como Combinação de Negócios.

O CPC 15 define combinação de negócios como a “operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação”⁷¹. Negócio, por sua vez, é definido como “um conjunto integrado de atividades e ativos capaz de ser conduzido e gerenciado para gerar retorno, na forma de dividendos, redução de custos ou outros benefícios econômicos, diretamente a seus investidores ou outros proprietários, membros ou participantes”⁷².

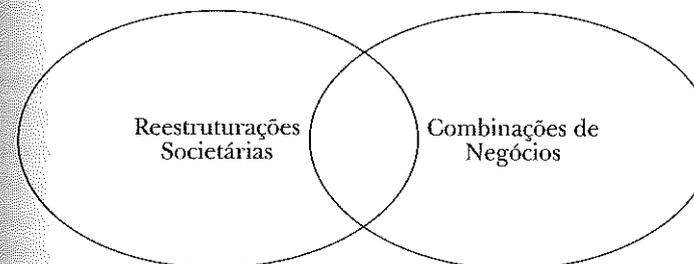
Destarte, se por meio de reestruturações societárias de combinação ou separação de elementos patrimoniais alguém adquire, direta ou indiretamente, o controle de um negócio na acepção acima, que comporta a junção de ativos e passivos para o desenvolvimento de uma atividade, a operação será considerada uma combinação de negócios, com regime e efeitos contábeis próprios. Como se verá posteriormente, tais efeitos, nomeadamente a avaliação a valor justo dos elementos patrimoniais envolvidos, tem impactos rele-

vantes na seara tributária, tendo merecido regulação específica pela legislação.

Por outro lado, há reestruturações societárias que não caracterizam combinação de negócios, seja porque realizadas entre pessoas jurídicas sob controle comum (portanto sem transferência de controle de um negócio), seja porque os elementos patrimoniais transferidos não formam um negócio na acepção utilizada pelo Direito Contábil.

Por fim, há combinações de negócios que não se estruturam sob a forma de reestruturações societárias, mesmo na aproximação tipológica da expressão que adotamos no presente trabalho. É o caso clássica de transferência de negócios por meio de compra e venda de participações ou ativos, talvez as formas jurídicas mais comumente verificadas na prática para tal fim.

A luz do acima, pode-se ilustrar a interseção das noções de reestruturações societárias e combinações de negócios pela seguinte representação gráfica:



Em resumo, as reestruturações societárias podem ou não representar combinações de negócios na acepção do Direito Contábil, conforme resultem ou não na transferência do controle de um negócio.

7.2.1. Reestruturações societárias que caracterizam combinação de negócios

Caracterizada a combinação de negócios, o Direito Contábil determina que a contabilidade deva refletir a existência de uma nova realidade econômica. Para tanto o CPC 15 determina que a contabilização da operação deva seguir o chamado “método de aquisição”, que exige as seguintes etapas:

- (a) a identificação do adquirente;
- (b) a determinação da data de aquisição;
- (c) o reconhecimento e mensuração/avaliação a valor justo dos ativos identificáveis adquiridos, dos passivos assumidos e das participações societárias de não controladores na adquirida; e
- (d) o reconhecimento e mensuração do ágio ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

Não cabe aqui examinar o procedimento envolvido em tais etapas por menorizadamente. Algumas delas, nomeadamente a relativa ao desdobramento do preço e reconhecimento de ágio, tem sido objeto de números estu-

⁷¹ CPC 15, Apêndice A – Glossário de termos utilizados no Pronunciamento

⁷² CPC 15, Apêndice A – Glossário de termos utilizados no Pronunciamento.

dos na doutrina, com os respectivos reflexos fiscais objeto de controvérsias entre fisco e contribuintes enfrentadas na jurisprudência.

Nos limites de nossa empreitada – examinar como o princípio da realização se reflete na disciplina do tratamento tributário de algumas formas de reestruturação societária – dois pontos merecem destaque, relacionados às etapas “a” (identificação do adquirente) e “c” (reconhecimento e mensuração de ativos e passivos a valor justo).

Em relação à etapa “a”, a contabilidade pressupõe que, havendo transferência de controle, sempre haverá um adquirente, como parte que obtém o controle dos negócios adquiridos. O CPC 15 em seus itens B14 a B18 apresenta diversas orientações para se identificar o adquirente. Em síntese tem-se que usualmente o adquirente é aquele que transfere dinheiro, assume passivos ou emite instrumentos patrimoniais para adquirir o controle do negócio.

Esta noção, na contabilidade, independe da forma e natureza jurídica da transação subjacente.

Assim, mesmo nas operações de fusão, incorporação e cisão, em que a transferência de elementos patrimoniais se qualifica juridicamente como fenômeno de sucessão patrimonial, sem solução de continuidade, haverá, para a contabilidade, um “adquirente” se tiver havido mudança de controle de um negócio.

Isto em nada infirma a qualificação dos efeitos jurídicos de tais operações como de sucessão, com o regime tributário correspondente objeto de análise na Seção 5. Isto porque, por óbvio, há situações em que o direito tributário toma o dado contábil como premissa da construção da hipótese de incidência e outras em que isto não acontece, em que o direito qualifica juridicamente o fenômeno de modo diverso. Este o caso aqui.

Por outro lado, no caso da transferência de controle de um negócio por meio de operações de aumento ou redução de capital com bens as figuras do “adquirente” para a contabilidade e do adquirente “jurídico” tendem a coincidir. Neste caso do ponto de vista jurídico ocorre efeito qualificado como de alienação, na esteira da análise feita na Seção 6, e o adquirente assim identificado pelo direito (pessoa jurídica Receptora no aumento de capital e Acionista na redução de capital) tende a ser também aquele que adquire o controle do negócio para fins do CPC 15.

A etapa “c” (reconhecimento e avaliação a valor justo dos ativos e passivos adquiridos), por outro lado, implica que na combinação de negócios, qualquer que seja a forma jurídica adotada, o “adquirente contábil” deverá reconhecer e avaliar os ativos e passivos do negócio adquirido pelo respectivo valor justo, em contrapartida à contraprestação empregada na aquisição, também esta avaliada a valor justo. Neste processo haverá o desdobramento de tal contraprestação por meio de procedimento de alocação de preço, conhecido em inglês pela sigla PPA (*Purchase Price Allocation*).

Não se presta este trabalho a examinar o funcionamento e os efeitos fiscais do PPA, merecendo atenção apenas o fato de que, por conta dele, os elementos patrimoniais transferidos na reestruturação societária poderão ser objeto de avaliação a valor justo, com conseqüente reconhecimento contábil de ganhos e perdas latentes.

Novamente aqui o regime tributário não é idêntico conforme se cuida das reestruturações societárias caracterizadas como de sucessão patrimonial (fusões, incorporações e cisões) e aquelas que resultam em alienação de patrimônio (aumentos e reduções de capital em bens).

Vejam.

Para as primeiras o art. 21 da Lei n. 9.249, anteriormente referido, estabelece a necessária observância da legislação comercial no balanço correspondente ao evento de fusão, incorporação e cisão. A pessoa jurídica que se caracterizar como “adquirente contábil” (por exemplo a incorporadora numa incorporação entre pessoas jurídicas sem controle comum) deverá, em observância aos procedimentos do CPC 15 acima aludidos, registrar ganho ou perda de AVJ correspondente à diferença entre o valor contábil e o valor justo dos elementos patrimoniais transferidos.

Nos termos dos arts. 13 e 14 da Lei n. 12.973 e desde que observadas determinadas condições (por exemplo registro em subconta), este ganho ou perda de AVJ não produzirá impacto imediato nas bases do IRPJ e da CSLL, ocorrendo seu “acionamento” quando da realização do ativo (por depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa) ou do passivo (por liquidação ou baixa) em questão.

Importante distinguir a reestruturação societária de fusão, incorporação ou cisão como meio para se efetivar a “aquisição do controle do negócio”, de que ora se trata e para a qual cabe discutir o reconhecimento e momento de tributação de ganhos e perdas latentes, com eventual reestruturação societária posterior à aquisição, que pode até ter por efeito a obtenção de benefícios fiscais pela dedução de parte do preço pago alocado à mais-valia e ao ágio, não sendo objeto do presente do estudo⁷³.

No caso das combinações de negócio eventualmente implementadas por meio de aumento de capital em bens, o ganho ou perda reconhecido em função da avaliação a valor justo dos elementos patrimoniais transferidos para a pessoa jurídica Receptora também têm, desde que atendidos determinados requisitos, seu reconhecimento fiscal diferido para momento subsequente em

⁷³ A esse respeito veja-se HADDAD, Gustavo Lian; PAES, Gustavo Duarte. O Ágio por Expectativa de Rentabilidade Futura na Lei 12.973 e o Goodwill na Combinação de Negócios. Aproximações e Distanciamentos. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v.6. p.246-272.

que ocorre a realização da participação societária adquirida ou do bem contribuído, nos termos dos arts. 17 e 18 da Lei n. 12.973, *verbis*:

Art. 17. O ganho decorrente de avaliação com base no valor justo de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computado na determinação do lucro real, desde que o aumento no valor do bem do ativo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada à participação societária ou aos valores mobiliários, com discriminação do bem objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada em cada período.

§ 1º. O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o caput será computado na determinação do lucro real:

I – na alienação ou na liquidação da participação societária ou dos valores mobiliários, pelo montante realizado;

II – proporcionalmente ao valor realizado, no período-base em que a pessoa jurídica que houver recebido o bem realizar seu valor, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou com ele integralizar capital de outra pessoa jurídica; ou

III – na hipótese de bem não sujeito a realização por depreciação, amortização ou exaustão que não tenha sido alienado, baixado ou utilizado na integralização do capital de outra pessoa jurídica, nos 5 (cinco) anos-calendário subsequentes à subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

(...)

Art. 18. A perda decorrente de avaliação com base no valor justo de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, somente poderá ser computada na determinação do lucro real caso a respectiva redução no valor do bem do ativo seja evidenciada contabilmente em subconta vinculada à participação societária ou aos valores mobiliários, com discriminação do bem objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada em cada período, e: (Vigência)

I – na alienação ou na liquidação da participação societária ou dos valores mobiliários, pelo montante realizado;

II – proporcionalmente ao valor realizado, no período-base em que a pessoa jurídica que houver recebido o bem realizar seu valor, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou com ele integralizar capital de outra pessoa jurídica; ou

III – na hipótese de bem não sujeito a realização por depreciação, amortização ou exaustão que não tenha sido alienado, baixado ou utilizado na integralização do capital de outra pessoa jurídica, a perda poderá ser amortizada nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levan-

tados durante os 5 (cinco) anos-calendário subsequentes à subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

(...)

Pode causar alguma surpresa a previsão do parágrafo 1º, inciso III do art. 17, no sentido de que ocorrerá inexoravelmente a tributação do ganho diferido se o bem contribuído não for objeto de algum evento de realização nos cinco anos-calendário subsequentes ao aumento de capital⁷⁴.

Não obstante, não vislumbramos impedimento jurídico a tal previsão. Isto porque, na esteira das nossas considerações na Seção 6, o aumento de capital é evento de alienação, com caráter contraprestacional, apto à realização de ganhos. O legislador opta por permitir o diferimento do reconhecimento de seus efeitos por considerações como a de continuidade da atividade, mas ao fazê-lo pode estabelecer os limites materiais e temporais do diferimento. Em outras palavras, quem pode tributar pode também diferir a tributação e estabelecer os limites do diferimento.

Outra dúvida pode surgir na exegese dos dispositivos acima quanto a seu âmbito de aplicação.

Uma possível visão é a de que eles teriam escopo limitado a regular os efeitos tributários dos ganhos ou perdas reconhecidos quando do próprio aumento de capital em bens, e não propriamente a AVJs que já vinham registrados na contabilidade da pessoa jurídica subscritora do capital e que compõem o valor contábil do bem no momento da conferência.

Tal leitura decorreria da referência, no *caput* de ambos os dispositivos, a efeito fiscal específico (diferimento do ganho e dedução da perda) condicionado a registro de um “aumento” ou “redução” no valor do bem do ativo em subconta distinta. Ora, só se pode falar em aumento ou redução de valor se a avaliação for efetuada no contexto da subscrição. Caso se tratasse de avaliação a valor justo registrada em momento anterior não haveria aumento ou redução neste momento, mas apenas substituição de aumento ou redução anteriormente registrados.

A prevalecer tal exegese (no sentido de que os arts. 17 e 19 da Lei n. 12.973 regulariam tão somente a avaliação a valor justo realizada para a conferência de bens em subscrição de capital ou valores mobiliários), poderia se entender que o AVJ anteriormente reconhecido em relação aos bens conferidos em aumento de capital deveria ser oferecido à tributação no momento da conferência, uma vez que estaria configurado um evento de realização do

⁷⁴ Previsão simétrica existe para a dedução de perdas anteriormente diferidas – art. 18, inciso III da Lei 12.973.

respectivo elemento patrimonial para a entidade Transferente (como visto em Seção 6).

Esta exegese limitativa do alcance dos arts. 17 e 19 da Lei n. 12.973 é criticável. Se a noção de continuidade da atividade inspirou o legislador a diferir o efeito de ganhos ou perdas contábeis decorrentes da avaliação no momento da subscrição, não há sentido para que não se estabeleça a continuidade de tratamento para ganhos ou perdas de AVJ que hajam sido reconhecidos anteriormente ao evento.

Por fim, nas operações de redução de capital em bens não há permissão ou exigência legal para diferimento fiscal de eventuais ganhos e perdas reconhecidos pela pessoa jurídica Transferente. Por se tratar de evento de alienação, com contraprestação, não há impedimento, no âmbito do princípio da realização, para que produzam efeitos nas bases do IRPJ e da CSLL (veja-se a análise na Seção 6). Ao contrário, os ganhos assim reconhecidos têm previsão expressa de tributação no art. 22 da Lei n. 9.249/1995.

7.2.2. Reestruturações societárias que não caracterizam combinação de negócios

Às reestruturações societárias que não resultam em transferência de controle de um negócio não se aplica o regime da Combinação de Negócios previsto no CPC 15⁷⁵.

Na doutrina contábil internacional tais situações têm sido referidas como *Business Combinations under Common Control*. Apesar da aparente contradição – transações sob controle comum não são, por definição, sujeitas ao regime da Combinação de Negócios – essa denominação vem sendo utilizada para agrupar operações em que ocorre a transferência de negócios entre diferentes entidades que estejam sob controle final comum.

Parte da doutrina defende, nestes casos, a adoção do chamado custo precedente (*predecessor cost*), em que os elementos patrimoniais transferidos mantêm, na Receptora, o mesmo valor contábil que tinham na entidade Transferente⁷⁶.

Este critério impediria o reconhecimento contábil de ganhos e perdas, sob a perspectiva de que tal reconhecimento não faria sentido quando os titu-

⁷⁵ O próprio texto do Pronunciamento é explícito a respeito: “Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.”

⁷⁶ Cf. ERNST & YOUNG, FIPECAFI. *Manual de Normas Internacionais de Contabilidade: IFRS versus Normas Brasileiras*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 225. Sobre dificuldades de se adotar o método de aquisição do IFRS 3 (Combinações de Negócios) para novas empresas em transações sob controle comum, sugerindo-se como alternativa a contabilidade da predecessora, cf. PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Manual de Contabilidade IFRS/CPC: demonstrações financeiras consolidadas*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2011, pp. 308-311.

lares finais dos ativos e passivos são os mesmos e a participação dos não-controladores já está refletida no balanço consolidado.

Tal posição, entretanto, não é uniforme, havendo atualmente grupo de trabalho no âmbito do IASB para propor regulamentação específica para tais operações. Há quem defenda que o método de aquisição, utilizada nas Combinações de Negócios entre partes não relacionados, também deveria ser utilizado em Combinações de Negócios sob Controle Comum quando melhor refletir a realidade econômica subjacente⁷⁷.

Se adotado o custo precedente pela contabilidade (cujas melhores aproximações na contabilidade brasileira é o valor contábil pelo qual o elemento patrimonial está registrado) em atos que caracterizam sucessão (incorporação, fusão e cisão) não há reconhecimento de ganho ou perda contábil e, por consequência, não é necessário aplicar o regime fiscal de neutralidade introduzido para os ganhos e perdas AVJ pela Lei n. 12.973 (vide 7.2.1).

Nos atos de aumento e redução de capital em bens, por outro lado, a possibilidade de adoção do valor de custo histórico ou do valor contábil tem respaldo expresso nos arts. 22 (para as reduções de capital) e 23 (para os aumentos de capital por Acionista pessoa física) da Lei n. 9.249/1995, como discutimos em 6.3.

Mesmo no caso de contribuição ao capital por Acionista pessoa jurídica, a ausência de previsão expressa no art. 23 da Lei n. 9.249/1995 para a utilização do valor contábil no aumento de capital em bens não deve, por outro lado, ser vista como exigência *a contrario sensu* de utilização do valor de mercado, ao menos em transações entre residentes no Brasil.

Em não havendo na legislação tributária dispositivo que imponha a adoção do valor de mercado e resultando do regramento contábil a adoção do valor contábil (mecanismo próximo ao custo precedente), não haverá ganho ou perda contábil reconhecida e nem obrigação de ajuste puramente fiscal.

De se recordar, por fim, que no âmbito da norma antielisiva aplicável à espécie (Distribuição Disfarçada de Lucros) só há ajuste a realizar se o Acio-

⁷⁷ Confirmam-se os seguintes trabalhos: JANOWICZ, Magdalena. *Business combinations under common control in International Financial Reporting Standards – is authoritative accounting guidance needed?*. Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości, 2017. Disponível em: <<https://ztr.skwp.pl/resources/html/article/details?id=151508&language=en>>. Acesso em 31 out. 2018. CAROLL, Sarah. *Common control business combinations*. Grant Thornton, 2015. Disponível em: <<https://www.granthornton.global/en/insights/viewpoint/common-control-business-combinations/>>. Acesso em 31 out. 2018. KPMG. *IFRS Compared to US GAAP*. Seção 5.13. KPMG, 2017. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/12/ifrs-us-gaap-2017.pdf>>. Acesso em 31 out. 2018. ERNST & YOUNG. *Financial reporting developments: Business Combinations*. EY, 2018. Disponível em: <[https://www.ey.com/publication/vwluassets/ld/financialreportingdevelopments_bb1616_businesscombinations_7february2018-v2/\\$file/financialreportingdevelopments_bb1616_businesscombinations_7february2018-v2.pdf](https://www.ey.com/publication/vwluassets/ld/financialreportingdevelopments_bb1616_businesscombinations_7february2018-v2/$file/financialreportingdevelopments_bb1616_businesscombinations_7february2018-v2.pdf)>. Acesso em 31 out. 2018.

nista obtiver vantagem na operação (o que, em se tratando de aumento de capital com bens pelo valor contábil, ocorre apenas se este for por notoriamente superior ao de mercado, hipótese menos comum).

8. Considerações finais

O panorama que resulta da análise, no direito positivo, dos regimes aplicáveis na determinação da realização da renda nos atos de reestruturação societária que nos propusemos a examinar (fusões, incorporação, cisões, aumentos e devoluções de capital em bens), permite algumas generalizações.

A qualificação (ou não) jurídica de sucessão patrimonial, sem solução de continuidade, continua sendo dado primordial considerado pelo legislador tributário na determinação dos efeitos fiscais.

Como se demonstrou na Seção 5, para as operações de fusão, cisão e incorporação, para as quais o direito atribui efeitos de continuidade, sub-rogação de elementos patrimoniais, afasta-se a realização (e tributação ou dedução) de ganhos e perdas, tenham sido elas apropriadas contabilmente na própria operação ou em período anterior (como nos casos de elementos patrimoniais para os quais haja AVP, AVJ ou Diferenças de Adoção Inicial e Depreciação Acumulada), sendo impróprio falar-se de baixa como pretendeu recente manifestação da Cosit⁷⁸.

Mesmo após a introdução do padrão contábil do IFRS, que confere relevância ao elemento troca a mercado do princípio da realização, exigindo a avaliação a valor justo em reestruturações em que ocorre transferência de controle final de ativos (combinações de negócios tratadas na Seção 7), o legislador tributário parece ter optado por manter como fator decisivo na atribuição de efeitos de IRPJ e CSL o dado de caracterização ou não de sucessão patrimonial, sem solução de continuidade, neutralizando na seara do IRPJ e da CSL os efeitos contábeis diversos de tal diretriz.

Por outro lado, quando não presente a qualificação de sucessão, como nos atos de aumento e redução de capital com bens, a transferência de titularidade dos bens caracteriza alienação, com possíveis efeitos de realização de ganhos e perdas latentes ou já reconhecidos contabilmente em momento anterior. Em algumas hipóteses o legislador tributário permite o diferimento da tributação de ganhos (ou exige a postergação na dedução de perdas), inspirado por considerações de neutralidade e continuidade da atividade. Em outros, entretanto, ocorre o desencadeamento imediato de efeitos fiscais como explicado nas Seções 6 e 7.

⁷⁸ Vide 5.3.

Realização da renda nos planos de *stock options*. Uma análise na perspectiva dos beneficiários

Bruno Fajersztajn

Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Professor dos Cursos de Atualização e Especialização em Direito Tributário do IBDT. Advogado em São Paulo.

1. Introdução

O tema objeto deste estudo é bastante conhecido e explorado em artigos de doutrina¹, bem como em jurisprudência. Muito já se discutiu a respeito da natureza jurídica dos planos de *stock options* e sobre sua caracterização como remuneração para fins trabalhistas e previdenciários. Também há considerável produção doutrinária a respeito da dedutibilidade, para fins de imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro, dos pagamentos baseados em ações, à luz das normas contábeis² e fiscais³ que regem o tema.

Contudo não há grande produção doutrinária a respeito da tributação dos referidos planos na perspectiva do princípio da realização da renda, a despeito de se tratar de instituto cuja compreensão é fundamental para a solução de muitas controvérsias em torno da tributação dos planos de *stock option*⁴.

¹ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os Vários Caminhos da Lei n. 12.973 – Cuidados na sua Interpretação. In: *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A* – vol. 4. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015. Sérgio André Rocha (coord.); BIFANO, Elidie Palma. Opção de Compra de Ações (Stock Options), Participação nos Lucros e Resultados (PLR) e Remuneração de Executivos: Aspectos Controvertidos. São Paulo, Editora Malheiros. In: *Revista de Direito Tributário* n. 118; QUIROGA, Roberto. BUENO, Maria Isabel Tostes da Costa. Questões Atinentes à Remuneração de Administradores: Bônus, Participação nos Lucros e Resultados e Stock Options. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 14. São Paulo: Editora Dialética, 2010. Valdir de Oliveira Rocha (Coord.); GALHARDO, Luciana Rosanova. BATISTA, Diego Alves Amaral Batista. Stock Options – Plano de Pagamento Baseado em Ações. São Paulo: Editora Dialética, 2015. In: *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Volume 6. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (Coords.); FREITAS, Rodrigo de. Contribuições Previdenciárias e os Ganhos de Administradores ou Empregados Decorrentes de Stock Options Plan (SOP). São Paulo: Editora Dialética, 2015. In: *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. Volume 6. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (Coords.);

² Vide por exemplo: GALDI, Fernando Caio; CARVALHO, L. Nelson. Remuneração em opções de ações: o SFAS 123 revisado. In: *Revista de Contabilidade e Finanças* (online), vol. 17. São Paulo, 2006. Vide também, dentre outros: SARTORELLI, Isabel Cristina. *Stock Options. Um Ensaio Teórico*. FEA-USP: Dissertação de mestrado. São Paulo, 2010.

³ Lei n. 12.973/2014.

⁴ Concomitantemente à conclusão deste artigo, foi publicado o livro *Tributação da Renda nos Planos de Opção de Compra de Ações*. PARO, Giacomio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Lançamento em março de 2019. Trata-se de obra completa sobre o tema em matéria de tributação da renda, a qual aborda a maior parte dos temas objeto deste estudo.