



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10183.722586/2016-95
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-010.488 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 26 de outubro de 2022
Recorrente OTAVIANO OLAVO PIVETTA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2011

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Ana Cecília Lustosa da Cruz (relatora), Joao Victor Ribeiro Aldinucci e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira – Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Eduardo Newman de Mattera Gomes, João Victor Ribeiro Aldinucci, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente). Ausente o conselheiro Maurício Nogueira Righetti.

Fl. 2 do Acórdão n.º 9202-010.488 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 10183.722586/2016-95

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão de recurso voluntário 2301-005.847 e acórdão de embargos 2301-007.183, que foi parcialmente admitido pela Presidência da 3ª Câmara da 2ª Seção, para que sejam rediscutidas as seguintes matérias: (i) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações; (ii) distinção entre incorporação de ações e subscrição com integralização de bens; (iii) incorporação de ações e o regime de caixa. Seguem as ementas das decisões nos pontos que interessam:

Acórdão de Recurso Voluntário

GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.

Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao recurso, por voto de qualidade, quanto à incorporação de ações, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato, e, por unanimidade de votos, quanto a integralização de propriedades rurais.

Acórdão de Embargos de Declaração

GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.

Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

PARECER PGFN/PGA-454/92.

A tributação de ganho de capital em permutas, abordada no Parecer PGFN/PGA/nº 454/92, restringe-se ao caso específico de permuta de ativos no âmbito do PND.

CVM. CONSULTA.

As manifestações da Comissão de Valores Mobiliários, em sede de consulta, não vinculam a Administração Tributária.

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado em acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanando os vícios apontados, reratificar o Acórdão nº 2301-005.847 (e-fls. 3832 a 3874), para registrar a decisão de negar provimento ao Recurso Voluntário, por voto de qualidade, quanto à matéria incorporação de ações; e por unanimidade negar provimento ao Recurso Voluntário quanto às demais matérias. Vencidos os conselheiros Wesley Rocha, Fernanda Melo Leal, Fabiana e Wilderson Botto que votaram por dar provimento ao recurso na matéria incorporação de ações.

Foi lavrado Auto de Infração para exigência do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), tendo em vista a alegada existência de omissão dos seguintes ganhos de capital:

- 1) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – integralização de propriedades rurais na empresa T.M.V.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A. por valor de mercado;
- 2) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – alienação de ações da Vanguarda, informada em DAA;
- 3) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – alienação de ações da Vanguarda, não informada em DAA;
- 4) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – incorporação de ações – incorporação de ações da VANGUARDA pela Brasil Ecodiesel Indústria e Comércio de Biocombustíveis e Óleos Vegetais S.A. ("BRASIL ECODIESEL"), posteriormente denominada Vanguarda Agro S.A. ("VANGUARDA AGRO").

Foi julgada improcedente a impugnação do contribuinte e negado provimento ao seu recurso voluntário. Em seu recurso especial, o contribuinte pretendeu rediscutir as seguintes matérias:

- a) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações;
- b) distinção entre incorporação de ações e a integralização de capital com bens;
- c) incorporação de ações e o regime de caixa;
- d) comprovação de custo de aquisição de imóvel;
- e) erro na apuração do custo de aquisição;
- f) negócio jurídico desfeito e efeitos tributários; e
- g) nulidade do acórdão recorrido em razão de omissões.

Como o recurso especial foi admitido apenas em relação às matérias “a”, “b” e “c”, relativos à incorporação de ações, está em discussão apenas a infração “4”, atinente à incorporação de ações da VANGUARDA PARTICIPAÇÕES pela BRASIL ECODIESEL, posteriormente denominada VANGUARDA AGRO S.A.

Em seu recurso especial, e no que foi objeto de admissão prévia, o sujeito passivo basicamente alegaram que:

Não configuração de alienação

- conforme paradigmas 9202-003.579 e 1401-003.037, na incorporação de ações se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa

incorporada pelas ações da empresa incorporadora e não há ganho de capital quando não existiu alienação de qualquer bem ou direito em virtude de óbvia falta de preenchimento dos aspectos material e quantitativo da hipótese de incidência do tributo;

Distinção entre incorporação de ações e a integralização de capital com bens

- conforme paradigma 9202-003.579, "incorporação de ações" não se confunde com "incorporação de sociedades" nem tampouco com "subscrição de capital em bens";

Incorporação de ações e o regime de caixa

- conforme paradigma 9202-003.579, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

A Fazenda Nacional foi intimada do acórdão de recurso voluntário, do recurso especial e do seu exame de admissibilidade, e apresentou contrarrazões, nas quais basicamente afirma que o apelo deve ser desprovido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

1 Conhecimento

O recurso especial é tempestivo, visto que interposto dentro do prazo legal de quinze dias (art. 68, caput, do Regimento Interno do CARF), e foi demonstrada a existência de divergência na interpretação da legislação tributária (art. 67, § 1º, do Regimento), de modo que deve ser conhecido.

2 Incorporação de ações

Discute-se nos autos se a contribuinte teria percebido ganhos de capital tributáveis em operação de incorporação de suas ações. Como acima relatado, e no que foi objeto de admissão prévia, o recurso do sujeito passivo visa a rediscutir as seguintes matérias, que, por serem intrinsecamente relacionadas, serão julgadas em conjunto: (a) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações; (b) distinção entre incorporação de ações e a integralização de capital com bens; e (c) incorporação de ações e o regime de caixa.

Conforme acima relatado, foi lavrado Auto de Infração para exigência do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), tendo em vista a alegada existência de omissão dos seguintes ganhos de capital:

- 1) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – integralização de propriedades rurais na empresa T.M.V.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A. por valor de mercado;
- 2) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – alienação de ações da Vanguarda, informada em DAA;
- 3) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – alienação de ações da Vanguarda, não informada em DAA;
- 4) Omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores – incorporação de ações – incorporação de ações da VANGUARDA pela Brasil Ecodiesel Indústria e Comércio de Biocombustíveis e Óleos

Vegetais S.A. ("BRASIL ECODIESEL"), posteriormente denominada Vanguarda Agro S.A. ("VANGUARDA AGRO").

Foi julgada improcedente a impugnação do contribuinte e negado provimento ao seu recurso voluntário. Em seu recurso especial, o contribuinte pretendeu rediscutir várias matérias, mas foram admitidas para julgamento apenas as matérias "a", "b" e "c", relativas à incorporação de ações, que, por sua vez, estão relacionadas apenas à infração "4", concernente à incorporação de ações da VANGUARDA PARTICIPAÇÕES pela BRASIL ECODIESEL, posteriormente denominada VANGUARDA AGRO S.A.

Pois bem. O recurso especial deve ser provido, visto que, no meu entender, inexistem ganhos tributáveis na aludida incorporação de ações pertencentes ao contribuinte.

A incidência do imposto sobre a renda da pessoa física sobre ganhos de capital está basicamente fundamentada no art. 153, III, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza; no art. 43, II, do Código Tributário Nacional, segundo o qual o referido imposto tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais que não se refiram ao produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; bem como nos arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei 7713/88; e no art. 21 da Lei 8981/95.

Em suma, o ganho de capital é um acréscimo patrimonial (renda-acréscimo) determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição e está sujeito ao pagamento do imposto às alíquotas que hoje variam de 15% a 22,5%. A Instrução Normativa SRF 84/2001 regulamenta, no plano infralegal, a apuração e a tributação dos ganhos auferidos por pessoas físicas, trazendo conceitos e preceitos, que, na maior parte das vezes, coincidem com aqueles previstos nas Leis 7713/88 e 8981/95, a exemplo do art. 2º abaixo transcrito:

Art. 2º. Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.

Em se tratando de ganhos de capital, portanto, há necessidade da ocorrência de um acréscimo patrimonial (conceito do fato) que se subsuma ao conceito da norma (aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso I do art. 43 do Código Tributário Nacional). No caso dos autos, faz-se necessário dirimir se há ganhos de capital realizados e tributáveis na hipótese de incorporação de ações.

A incorporação de ações é um instrumento legal (ou um negócio jurídico típico) previsto nos arts. 223 e seguintes da Lei 6404/76 (LSA) para a reestruturação ou combinação de negócios, feita com base em procedimento específico e que envolve duas ou mais companhias (e não propriamente os seus acionistas), ao final do qual a companhia incorporada será convertida em subsidiária integral da companhia incorporadora. A incorporação é definida no art. 227 como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Cabe transcrever, nesta ordem, os arts 227 e 252 da LSA, bem como os arts. 224 e 225, estes dois últimos referentes ao procedimento da incorporação:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

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

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

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

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

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

Protocolo

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Justificação

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

A incorporação de ações concretiza-se mediante aumento de capital da sociedade incorporadora, subscrito e integralizado através da transferência da totalidade das ações da sociedade incorporada. Para efeito de tal subscrição e integralização, as ações de ambas as companhias são avaliadas por peritos nomeados pela assembleia-geral da incorporadora. Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Portanto, há sim uma alienação em sentido geral (ou transferência das ações da sociedade incorporada). Veja-se, a propósito, que o art. 3º, § 3º, da Lei 7713/88¹, fala em alienação a qualquer título, ao mesmo tempo em que descreve hipóteses meramente enunciativas de suas espécies, antecedidas da expressão “*tais como*” (“*tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins*”). Veja-se, ainda, que a lei utiliza a expressão “*contratos afins*”, revelando, assim, que o rol ali previsto não seria taxativo. A questão, todavia, é verificar se tal alienação implica ganhos tributáveis e disponíveis para o acionista pessoa física. Ainda, e diante do que foi exposto acima, a incorporação de ações é um negócio jurídico típico, visto que precisamente definido e regulamentado pela lei, que não se confunde com a mera integralização de bens ou direitos ao capital da sociedade. A integralização é apenas uma das etapas da incorporação, mas que com ela não se confunde. De outro vértice, e como será exposto adiante, a inexistência de disponibilidade econômica ou jurídica depende mais da verificação do regime de caixa aplicável à pessoa física e também da inexistência de renda realizada, do que da eventual existência de condições contratuais suspensivas.

Como já afirmado, a existência de ganhos de capital pressupõe, inevitavelmente, diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição. Exemplificativamente, em sendo o valor de alienação igual ao custo de aquisição, não há ganho de capital, pois o resultado dessa operação aritmética é igual a zero. Por outro lado, se o valor de alienação é inferior ao custo, igualmente não há resultado tributável, pois tal resultado é negativo. Desta forma, somente pode ser identificada a base de cálculo do imposto se o valor de alienação for superior ao custo de aquisição.

¹ Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

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

Na incorporação de ações, o acionista da companhia incorporada entrega sua participação no capital para receber, em substituição/sub-rogação, ou troca, ou permuta, parte do capital da empresa incorporadora. Essa alienação ou entrega é feita exatamente pelo mesmo valor do custo de aquisição histórico das ações alienadas, inclusive porque, numa das etapas da incorporação (talvez uma de suas etapas finais, dentro de um ponto de vista cronológico), há mera permuta de ações da empresa incorporada por ações da empresa incorporadora (nos termos do § 3º do citado art. 252, os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem).

Não há, exclusivamente em relação à permuta, qualquer fluxo financeiro ou renda realizada e disponível, mas apenas recebimento de ações da empresa incorporadora em troca (ou substituição ou permuta) das ações incorporadas (insista-se, o encimado § 3º fala expressamente em recebimento de ações, óbvio que em substituição das ações incorporadas). No caso dos autos, é incontroverso que *“a Incorporação de Ações não resultou no ingresso de qualquer numerário nas contas do RECORRENTE”* (efl. 4003).

A reavaliação empreendida por peritos nomeados pela assembleia-geral da companhia incorporadora (reavaliação efetuada por terceiro contratado, o que inclusive afasta a constatação de um preço fixado pelas próprias partes, como usualmente ocorre nos demais negócios jurídicos tipificados no Código Civil brasileiro) é somente uma exigência legal realizada para estabelecer uma relação justa de troca (número de ações e da participação proporcional no capital resultante), inclusive para não prejudicar os antigos acionistas da companhia incorporadora e os acionistas da sociedade incorporada. O fato é que a pessoa física alienante, a despeito de tal avaliação, mantém e deve manter inalterado o valor patrimonial dos bens ou direitos em sua declaração (DIRPF). Expressando-se de outra forma, as novas ações adquiridas têm o mesmo custo das ações incorporadas, de modo que inexistente renda realizada e ganho de capita tributável.

Há, portanto, mera mutação patrimonial sem qualquer fluxo financeiro: a pessoa física A era acionista da empresa B, titular de um valor patrimonial R\$ X, mas passa a ser acionista da empresa C, titular do mesmo valor patrimonial R\$ X. Embora seja feita uma reavaliação patrimonial por exigência da lei, o alienante não tem ganhos de capital realizados e tributáveis em relação à incorporação em si (ou seja, quanto à parcela de sub-rogação ou troca), subsistindo tais ganhos realizados apenas no tocante à parcela complementar em dinheiro. No presente caso, lembre-se que *“a Incorporação de Ações não resultou no ingresso de qualquer numerário nas contas do RECORRENTE”*.

Parece inquestionável, pois, que como o valor de alienação é igual ao custo de aquisição, e que como há mera mutação patrimonial sem fluxo financeiro e renda realizada e disponível em relação às ações em si, não há ganho de capital. Dito de outra forma, inexistente ganho de capital sobre renda não realizada e não disponível. O princípio da realização da renda está expresso no *caput* do art. 43 do Código Tributário Nacional, segundo o qual o fato gerador do imposto de renda depende da disponibilidade econômica ou jurídica. No Direito Comparado, esse princípio tem igual acolhimento, como se vê abaixo na doutrina do professor José Casalta Nabais, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

Desde logo, importa assinalar que o resultado contabilístico e o resultado fiscal se reportam a realidades que não coincidem inteiramente ou são determinados de maneira algo diferente, em virtude de haver diferença entre patrimónios para a contabilidade e para a fiscalidade decorrente da aplicação territorial de regras jurídicas fiscais e da necessidade de evitar ou atenuar a dupla tributação jurídica e/ou económica. A que acresce a preocupação em a tributação atingir apenas os

rendimentos e ganhos e gastos e perdas que se encontrem realizados, atento o peso que o princípio da realização não pode deixar de ter no direito fiscal.

Um princípio que tradicionalmente tem sido suportado em razões de natureza pragmática, ligadas à praticabilidade das soluções de tributação, mormente à **falta de liquidez que enfrentariam os sujeitos passivos na tributação da generalidade dos rendimentos e ganhos verificados, que ainda não foram objecto de realização. O que poderia conduzir os contribuintes a terem de se desfazer de activos, alienando-os ou entregando-os ao Estado para pagarem os impostos, num quadro de maximização do “poder de destruir” que o poder tributário envolve**².

A tributação de ganhos de capital antes da realização efetiva da renda – já na própria incorporação das ações – assemelha-se à proposta do Professor Peter Kavelaars, da Universidade de Roterdã, que, em *“Accrual Versus Realization”*, propõe que o capital deveria ser tributado anualmente pelo imposto antes mesmo da realização da renda (*“from a theoretical viewpoint I think that changes in capital should be taxed under the accrual concept. A decisive argument is that in any given year, anything that can be considered to be an increase of the beneficial ownership should be taxed. At the moment, everybody does certainly not share this view. For many people another necessary condition is that the capital gain can be used for commercial purposes, and for that realization is necessary”*³).

Esse tipo de tributação igualmente se assemelha à *mark-to-market taxation* (tributação de marcação a mercado), que consiste em tributar os sócios ou acionistas numa base de cotação a mercado decorrente da apreciação ou depreciação das ações, mesmo inexistindo ganhos realizados⁴.

Ora, a tributação do capital antes da sua realização é incompatível com o sistema jurídico brasileiro, segundo o qual a incidência do imposto de renda pressupõe a existência de rendas ou proventos disponíveis e realizados (art. 43 do Código). Quer dizer, é incabível a incidência do imposto apenas porque houve um aparente aumento do capital da recorrente, visto que tal aumento não foi realizado e, portanto, não está disponível. Assim como é descabido cogitar da tributação do capital em bases anuais e antes de sua realização, é igualmente descabido cogitar de sua tributação na incorporação de ações, pois em ambas as hipóteses inexistente renda realizada.

Imagine-se, exemplificativamente, (i) que a senhora A seja acionista da empresa Incorporada S.A. desde 1970, com capital registrado em sua DIRPF no valor de R\$100.000,00; (ii) que a senhora A viva basicamente de uma aposentadoria e dos lucros/dividendos que aufera dessa empresa; (iii) que por razões de mercado ambas as companhias aprovelem a incorporação da Incorporada S.A. pela Incorporadora S.A.; (iv) que as ações da senhora A sejam reavaliadas em R\$7.100.000,00, inclusive porque já transcorrido largo tempo desde a aquisição da participação societária da empresa incorporada, que, ademais, tem vasto sucesso empresarial.

Nesse exemplo hipotético, a senhora A teria, na visão do Fisco, um ganho tributável de R\$ 7.000.000,00, com imposto apurado de R\$ 1.050.000,00 (desconsiderando-se, para simplificar, a própria progressividade das alíquotas dos ganhos de capital). Desta forma, e diante da inexistência de recebimento de parcela complementar em dinheiro, a senhora A teria

² Nabais, José Casalta. A Tributação das Empresas pelo Rendimento Real. RDTA 41. São Paulo: IBDT, 1º semestre, 2019, p. 547.

³ KAVELAARS, Peter. Accrual versus realisation. In Essers, Peter; RIJKERS, Arie (org). The notion of income from capital. Amsterdã: IBFD, 2005, p. 143.

⁴ AVI-YONAH, Reuven S. Pessoa Jurídicas, sociedade e o Estado: uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. RDTA 21. São Paulo: Dialética e IBDT, 2007, pp. 20/21.

que vender parte de suas ações para quitar o imposto indevidamente apurado pelo Fisco (situação esta agravada pelo fato de que as suas ações foram avaliadas por laudo).

Veja-se, contudo, que a pessoa física apenas participou de uma operação que implicou uma mutação no seu patrimônio e que ela não foi agraciada, no exemplo, com qualquer recebimento de parcela complementar em dinheiro que propiciasse o pagamento do imposto sem confisco de seus bens ou direitos (as ações).

O correto, no entender deste conselheiro, é considerar que a senhora A passou ser acionista da empresa Incorporadora S.A. pelo mesmo valor histórico de R\$100.000,00, para ter ganhos de capital tributáveis quando vier a efetivamente alienar suas ações, total ou parcialmente. A acionista terá um baixo custo de aquisição de suas novas ações, de forma que o imposto, ora postergado por força da própria legislação tributária, terá um alto valor quando vier a ocorrer o seu fato gerador. Sobreleva ressaltar, nesse contexto, que a incidência do imposto de renda sobre os ganhos de capital na incorporação de ações fica postergado para o momento/tempo em que as novas ações vierem a ser alienadas.

Embora a incorporação seja uma operação típica, visto que especificamente regulada pelos art. 223 e seguintes da Lei das S.A., e não propriamente uma permuta, e embora o art. 19, V, da IN SRF 84/01, trate efetivamente de permuta, observe-se que essa normativa é elucidativa a respeito das operações em que não há o recebimento de parcela complementar em dinheiro (ou, quando há parcela complementar em dinheiro, o ganho é exclusivamente apurado sobre a torna).

Tal dispositivo preleciona que no caso de permuta com recebimento de torna, considera-se valor de alienação o valor da torna. Mais ainda, o art. 19 trata do valor de alienação nas alienações de bens e direitos em geral (a citada Instrução disciplina os bens e direitos em geral e não há nenhuma restrição no art. 19 e nem mesmo no capítulo no qual ele está inserido).

Como razões de decidir, ainda transcrevo as conclusões de Ricardo Mariz de Oliveira acerca de tal temática, com as quais concordo integralmente:

- caso se entenda que a incorporação de ações não passa de um aumento de capital, mesmo assim não há ganho de capital tributável, inclusive conforme reconhecimento doutrinário e dos tributais superiores [...];
- não obstante, o aumento de capital ocorrente na incorporação de ações é mero meio, não fim, de um ato mais complexo cujo objetivo é transformar uma companhia em subsidiária integral de outra; isto ao contrário dos aumentos de capital, atos jurídicos internos de uma única entidade e com a única finalidade de capitalizá-la [...];
- assim, como ato jurídico típico, a incorporação de ações representa um dos instrumentos legais que a lei oferece para a reestruturação empresarial ou combinação de negócios, unindo mais de uma pessoa jurídica, ao contrário do que se verifica nos simples aumentos de capital de uma única pessoa jurídica [...];
- igualmente ao que ocorre com outros atos jurídicos também distintos, como a incorporação de pessoa jurídica ou a cisão ou fusão, o ato de incorporação de ações necessita de aumento de capital, para que novas ações sejam entregues aos acionistas titulares das ações incorporadas [...];
- nestes outros atos, também há aumento de capital da sociedade incorporadora, e nem por isso se trata de simples aumentos de capital [...];
- como ato jurídico típico, e em decorrência da sua causa jurídica (sua função econômica e social), a incorporação de ações acarreta, no patrimônio dos acionista, a mera substituição das suas ações por ações da companhia incorporadora, emitidas no ato para este fim [...];

- a substituição das ações não gera ganho de capital tributado, por se tratar de simples troca de um título por outro, que não pode ter outro custo além do custo das ações incorporadas, uma vez que os acionistas não despendem qualquer outro valor para passarem a ser donos das novas ações [...];
- a substituição das ações produz efeito jurídico e econômico igual ao de outro negócio jurídico típico, que é a permuta de bens [...];
- na permuta de bens sem torna não há possibilidade de o bem recebido ter custo diferente do custo do bem dado [...];
- tanto na substituição de ações quanto na permuta, além de que o custo não tem como se alterar, não há ganho passível de tributação, mesmo que a ação ou o bem recebido na troca tenha valor maior do que o dado, pois se trata de ganho meramente potencial, dependente, para tributação, de haver efetiva realização, somente existente se, e quando, o novo bem for alienado por valor superior ao de custo, tal como ocorreria com o bem inicialmente detido, se não tivesse havido a sua troca por outro [...];
- a intributabilidade nessas operações decorre do princípio constitucional da capacidade contributiva, o qual, em se tratando do imposto de renda (e também da CSL), está refletido na definição do respectivo fato gerador, contida no art. 43 do CTN, no sentido de que ele corresponde à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou seja, à renda realizada [...];
- a intributabilidade de rendas não realizadas, mesmo que escrituradas, está reconhecida por doutrina de escol e pela jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, está refletida em várias normas da lei ordinária, destacando-se a que prescreve o diferimento obrigatório da tributação, e também a norma que determina o diferimento da tributação de deságios na aquisição de participações societárias [...];
- a intributabilidade existente na incorporação de ações e nas permutas independe do valor atribuído às ações ou bens no respectivo ato, nem fica afetada por serem diferentes os valores nos patrimônios das partes envolvidas, pois cada um tem seu próprio custo de aquisição [...];
- além disso, nas duas operações não há preço de alienação, ainda que haja uma avaliação das ações ou bens envolvidos, necessária para se atender ao imperativo da comutatividade e, no caso da incorporação de ações, para estabelecer justa relação de troca (através de número de ações e da sua participação proporcional no capital resultante), inclusive sem prejuízo dos antigos acionistas da companhia incorporadora [...];
- qualquer eventual mais-valia da ação ou bem recebido, em relação ao custo de aquisição, não passa de valor econômico que a ação ou bem dado já carregava antes dos atos, mas que somente seria tributável quando alienado, e agora quando vier a ser alienado o bem recebido na troca [...];
- apesar de que a intributabilidade nessas operações corresponda à situação de não incidência tributária, a qual independe de norma expressa por decorrer negativamente da própria norma constitucional definidora da competência tributária, a não incidência sobre permutas está explicitada nos parágrafos do art. 65 d Lei n. 8383 [...];
- é errado supor que o art. 65 não se aplica às permutas porque se refere à entrega de títulos e outros créditos do Programa Nacional de Desestatização, erro este que decorre na inobservância de que esse dispositivo legal realmente trata dessas ações em pagamento, mas expressamente diz que o tratamento tributário devido a elas deve ser o mesmo que é aplicável às permutas [...];
- a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende todos os pontos acima, em parecer aprovado pelo Ministro da Fazenda que, por esta razão, é vinculante de todos os funcionários desse ministério [...];⁵

⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 201-203.

Cabe transcrever, igualmente, a seguinte ementa de julgamento emblemático do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. SOCIETÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE VALORES. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DE SE CONSIDERAR A HIPÓTESE COMO ALIENAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

1. Há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, que deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia.

2. No caso dos autos, a parte autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte autora subrogaram-se nas novas ações, tendo sido matido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei das Sociedades Anônimas. (Lei . 6.404/76)

3. Hipótese em que a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Sociedades Anônimas, não está sujeita à incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações.

4. No caso, da análise da situação fática, da doutrina e da parca jurisprudência administrativa e judicial a respeito, pode-se chegar as seguintes conclusões: (a) a conversão em subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista tributário, e desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal; porém, legítima, tanto que não aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste; (b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76); (c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais valia decorrente da avaliação que, frise-se, decorre de imposição legal; (d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou em recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina que aderiu a maioria do colegiado, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio e não fim; (e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações. Não se aplica, por conseguinte, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/88, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal; (f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física.

5. Análise da situação sob a perspectiva da pessoa física.

6. Quanto à verba honorária, arbitrada em quantia fixa, fica mantida, na linha dos precedentes desta Turma, considerando-se os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois, vencida a Fazenda Pública, a mesma se apresenta consentânea, na medida em que o julgamento da causa ocorreu sem maiores incidentes processuais, não tendo ocorrido

instrução probatória delongada, sendo o feito sentenciado com base nos documentos adunados aos autos pelas partes, cingindo-se a discussão a questão jurídica pontual, a despeito de relativamente nova no âmbito judicial a matéria. Fica mantida, também neste particular, a sentença. Recurso da parte autora improvido.

7. Sentença de procedência mantida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, por maioria, e, nessa linha, afastada a autuação fiscal.

(TRF4, APELREEX 5052793-42.2011.4.04.7000, SEGUNDA TURMA, Relator para Acórdão OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, juntado aos autos em 12/10/2015)

Logo, deve ser provido o recurso.

3 Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso especial do contribuinte.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Voto Vencedor

Mário Pereira de Pinho Filho – Redator Designado

Não obstante as considerações trazidas no voto do Ilustre Relator, delas divirjo pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Conforme esclarecido no Relatório, as matérias admitas a rediscussão são as denominadas a seguir:

- a) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações;
- b) distinção entre incorporação de ações e a integralização de capital com bens;
- c) incorporação de ações e o regime de caixa.

Cabe salientar que a operação que deu ensejo ao lançamento em discussão já foi objeto de exame por este colegiado. Na ocasião, esta Câmara Superior de Recursos Fiscais se debruçou sobre apelo de teor semelhante ao que ora se analisa, resolvendo pela manutenção da autuação, conforme Acórdão nº 9202-010.324, de 16/12/2021, de relatoria do Ilustre conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, cujos trechos abaixo reproduzidos **(feitas as devidas adequações aos caso concreto)**, por representarem meu entendimento a respeito do tema, adoto como minhas razões de decidir:

Quanto ao mérito, a matéria de fundo devolvida à apreciação deste Colegiado é a incidência de ganho de capital, no caso de incorporação de ações pelo valor de mercado, superior ao valor declarado na DAA. Para maior clareza, faço breve resumo dos fatos.

Em 06/09/2011 o contribuinte detinha 8.758.654 ações da empresa Vanguarda Participações S/A, numa participação correspondente a 4,47% do capital social da sociedade, data em que realizou a incorporação das ações da Vanguarda Participações S/A pela empresa Brasil Ecodiesel Indústria e Comércio de Biocombustível e Óleos Vegetais S/A, da qual o contribuinte passou a ser detentor de 55.230.579 ações. A incorporação foi feita pelo valor de mercado, numa relação de troca de 1 ara 6,30582957. Ou seja, pelas 8.758.654 ações da Vanguarda, que estavam

declaradas pelo valor de R\$ 4.146.595,00, o contribuinte recebeu as 55.230.579, pelo valor de R\$ 49.155.215,31. O lançamento considerou ganho de capital, a diferença, R\$ 45.008.620,31. O fundamento da autuação, dentre outros, foi art. 23 e §§, da Lei nº 9.249, de 1.995. Transcrevo o dispositivo:

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

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

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

O contribuinte se insurge contra a exigência, desdobrando a discussão em três matéria, a saber: “não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações”, “distinção entre incorporação de ações e subscrição com integralização de bens:”, e “tributação da pessoa física no regime de caixa”.

Passo à análise do mérito das duas matérias cujo recurso foi conhecido, a começar pela última - tributação da pessoa física no regime de caixa”. A contribuinte sustenta, em síntese, que, ainda que se considerasse a ocorrência de ganho de capital, o tributo não seria devido, pois, tratando-se de pessoa física, a tributação se dá pelo regime de caixa e que, no caso, não tenho havido pagamento em dinheiro, tal não teria ocorrido.

A questão é elementar. O contribuinte confunde regime de caixa e regime de competência com pagamento em pecúnia ou não o que denota uma compreensão equivocada desses conceitos. Trata-se de conceitos contábeis sendo que um só tem sentido em contraposição ao outro. Isto é, um dos princípios da contabilidade é o da competência, segundo o qual os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem. Vejamos o que reza a Resolução CFC (Conselho Federal de Contabilidade) nº 750/93.

Art. 3º São Princípios de Contabilidade: (Redação dada pela Resolução CFC nº. 1.282/10):

[...]

VI) o da COMPETÊNCIA

[...]

Art. 9º O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas. (Redação dada pela Resolução CFC nº. 1.282/10)

Portanto, o que define o regime de competência, e, por contraste, o regime de caixa, é o reconhecimento dos efeitos da transação ou do evento no momento a que se refere, no primeiro caso, ou no do pagamento, no segundo. E note-se que o regime de competente é, por assim dizer, a regra (princípio), admitindo-se o regime de caixa apenas excepcionalmente e, tratando-se de legislação de imposto de renda, quando previsto em lei. Veja-se, por exemplo, o art. 177 da Lei nº 6.404, de 1.976 (Lei das S/A), segundo o qual as mutações patrimoniais devem ser registradas mediante regime

de competência, embora saibamos que, excepcionalmente, outras normas admitem a apuração de resultados pelo regime de caixa:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

O fato é que regime de competência e regime de caixa são conceitos bem definidos pela normas contábeis, como acima demonstrado e é um equívoco, repita-se, confundir regime de caixa com pagamento realização financeira.

Tratando-se de pessoas físicas, fala-se que a tributação se dá pelo regime de caixa, pois o imposto é devido “na medida em que os rendimentos e ganhos forem percebidos”, a teor do art. 2º, da Lei nº 8.134, de 1.990. Confira-se:

Art. 2º O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11.

E também não é o caso de se entender o recebimento de rendimentos e ganho de capital como recebimentos em dinheiro, pois, como se sabe, o conceito de renda compreende acréscimos patrimoniais, independentemente da forma de realização.

Pois bem, tratando especificamente do caso ora analisado, e ainda sem antecipar juízo sobre os outras matérias questionadas pelo recorrente, com a incorporação das ações a operação se concretizou sob todos os aspectos. Do ponto de vista da empresa incorporadora, todo o aumento de capital foi efetivamente realizado com a incorporação das ações. Não restou capital a realizar. É interessante registrar, inclusive, que, neste caso, não há distinção temporal entre os efeitos da transação considerado o regime de competência ou o regime de caixa, como acontece, por exemplo, em qualquer situação em que uma empresa realiza uma despesa e paga à vista. No caso, trata-se de uma aumento de capital seguido de incorporação de ações. E por óbvio, a conclusão não pode ser outra para as pessoas físicas proprietárias das ações, antes e depois da incorporação, que são a contraparte na operação.

O próprio contribuinte reconhece que, no caso de integralização de capital com ações, que segundo sua interpretação do art. 23, da Lei nº 9.249, de 1.995, não se confunde com a incorporação de ações, é devida a incidência do imposto sobre o ganho de capital, como reza expressamente o referido dispositivo. Ora, não há diferença, quanto a esse aspecto (regime de caixa) entre a incorporação de ações e a integralização de capital com a entrega de ações. Em ambos os casos integraliza-se capital com a entrega de ações, sem envolver movimentação financeira alguma. Portanto, não se justifica considerar que, sob esse aspecto (regime de caixa) a condição esteja satisfeita num caso e, no outro, não.

Enfim, a interpretação pretendida pelo contribuinte carece de um mínimo de consistência lógica e jurídica e não merece prosperar.

Passo à análise da matéria “não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações.” Alega o contribuinte, em síntese, que no caso de incorporação de ações não há alienação pois se trata de permuta, e cita o art. 121, do RIR/99 para dizer que no caso de permuta sem torna não há incidência do imposto.

Primeiramente, diga-se que o citado art. 121, do RIR/99 é claro ao referir-se a permuta “exclusivamente de unidades imobiliárias”, e ao fazê-lo, em momento algum procura limitar o sentido da palavra “alienação”, apenas estabelece uma regra, válida numa situação específica, de não incidência tributária. Portanto, o dispositivo não se

aplica ao caso ora analisado. O que o contribuinte pretende é uma limitação arbitrária, apenas para sua conveniência, do sentido do verbete “alienação”, derivado do verbo alienar, que, segundo o Dicionário Michaelis *on line* significa “Tornar alheios determinados bens ou direitos, a título legítimo; transferir a outrem o domínio de; alhear”.]

Também esse é o sentido estritamente jurídico do termo. Vejamos a definição desse verbete pelo vetusto dicionário Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva.

ALIENAÇÃO – A alienação, também chamada de alheação ou alheamento, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação. Também indica o ato por que se cede ou transfere um direito pertencente ao cedente ou transferente.

[...]

A alienação é forçada, quando resulta de ato independente da vontade do proprietário, tais como no implemento de condição resolutiva, na exceção *rei venditae et traditae*, na arrematação ou adjudicação em hasta pública ou em leilão público.

A alienação se dará a título gratuito (doação) ou a título oneroso (compra e venda). Em qualquer dos casos, a alienação mostrará a diminuição de determinado bem do patrimônio de uma pessoa para ser incorporado e aumentar o patrimônio de outra.

Segundo a expressão da lei civil, a alienação importa na perda de propriedade por parte do alienante.

Portanto, o que define o conceito é a mudança da titularidade do que é alienado, o tornar alheio, sem cogitar da forma como se dá o alheamento, que pode ser por compra-e-venda, doação, dação em pagamento, permuta. Aliás, não é outro o sentido que a própria legislação tributária adota. Vejamos o que reza o art. 3º, da Lei nº 7.713, de 1.988:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

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

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

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título. (destaquei)

O § 3º é claro e coerente com o sentido do verbete “alienação”, ao se referir a alienação “a qualquer título” e como exemplos, citar várias formas de alienação, dentre elas a permuta, adjudicação, desapropriação, doação. E o § 4º também é claro

ao referir que a incidência do imposto independe da forma de percepção da renda (ou seja, não apenas em dinheiro) “bastando para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.”

A pretensão do contribuinte de limitar o conceito de alienação à forma como se dá a mudança da titularidade do objeto, portanto, repita-se, é absolutamente arbitrária, sem respaldo na semântica e na legislação tributária.

Em relação aos argumentos recursais acerca da “distinção entre incorporação de ações e a integralização de capital com bens”, cabe ressaltar que a autoridade lançadora em momento algum sequer sugeriu que tais institutos seriam coincidentes, tampouco o fez o acórdão recorrido.

Ressalte-se que o Relatório Fiscal justifica a incidência do imposto sobre o ganho de capital nas operações envolvendo incorporação de ações por considerar que tais operações caracterizam-se como uma modalidade de alienação, enquadrando-se na hipótese prevista no § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988. Senão vejamos:

A legislação em tela deixa claro que tudo aquilo capaz de produzir acréscimo patrimonial está dentro do campo de incidência do tributo, independentemente da denominação que tenha recebido. O corolário disto é que o afastamento da tributação haverá de ser previsto em lei.

Por sua vez a Lei nº 7.713, normatizando o Imposto sobre a Renda, assim estabelece:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.(Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

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

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

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

A lei nos apresenta o conceito de ganho de capital e explicita que estarão sujeitas a apuração deste as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens, direitos e equivalentes. Vale-se, inclusive, do cuidado da apresentação de um pequeno rol destas operações, de caráter meramente exemplificativo, ali destacado pela expressão "tais como".

Ressalte-se aqui a preocupação do legislador, registrada tanto em Lei Complementar, quanto em sede de Lei Ordinária, em não exaurir as possibilidades de operações que ensejam alienação. Busca-se aqui, a primazia da essência sobre a forma.

Passemos então ao instituto da Incorporação de Ações, operação societária prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 a seguir reproduzido:

Passemos então ao instituto da Incorporação de Ações, operação societária prevista da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 a seguir reproduzido:

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

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

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

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

Se examinarmos a essência do negócio jurídico tipificado no artigo 252 da Lei 6.404 veremos que a "Incorporação de Ações" nada mais é que uma modalidade de alienação, consumada pela transferência de ações dos sócios da empresa que passará a ser subsidiária integral, para a incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens. Em contrapartida a incorporadora, paga o respectivo preço também em ações, ao invés de se valer de moeda corrente.

Considerar a Incorporação de Ações uma espécie do gênero alienação é posição com sustentação doutrinária. Reproduzo aqui, a título de ilustração, o ensinamento de Edmar Oliveira Andrade Filho em "Imposto de Renda das Empresas", página 484.

"A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega como forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral."

Destaco ato administrativo de relevante importância, qual seja, a Solução de Consulta COSIT nº 224, que norteia o entendimento da Receita Federal do Brasil sobre a matéria.

SOLUÇÃO DE CONSULTA COS/TNº224, DE 14 DE AGOSTO DE 2014

DOU de 22/08/2014, seção 1. pag. 29

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

EMENTA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. PESSOA FÍSICA. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA.

Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

Há julgados administrativos sobre esta matéria no sentido apresentado. Por exemplo, entendimento similar é exarado no Acórdão 2202002.388 de 13 de agosto de 2013 da 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

Cito também, o recente Acórdão 2202002.980 de 10 de fevereiro de 2015 da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF, que caminha no mesmo sentido, sendo ainda mais específico:

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

A Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995, em seu artigo 23, traz dispositivo ainda mais específico sobre o tema, porém, a meu juízo, sem novidade para a situação em tela, estando este também em perfeita sintonia com os ditames da já mencionada Lei 7.713.

[...]

Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho, como é o caso da Incorporação de Ações.

Como já mencionado e reproduzido neste TVF, o ganho de capital é, grosso modo, a diferença entre o valor de transmissão e o custo de aquisição. Sobre este último, o valor correto já foi estabelecido no tópico 5.

[...] (Grifou-se)

Ademais, a decisão ordinária seguiu a mesma linha de raciocínio desenvolvida no Relatório Fiscal quanto ao enquadramento da operação em exame como espécie do gênero alienação, mas, em momento algum afirmou que incorporação de ações e integralização de capital com ações seriam equivalentes, ou sequer faz qualquer tipo de comparação entre esses institutos, consoante se verifica dos seguintes trechos do referido julgado:

7. Com o exame da situação fática e a análise dos aspectos da reorganização societária verificada nos autos, pode-se deduzir que a solução da presente controvérsia reside em estabelecer a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações e averiguar o conjunto da argumentação feita em sede recursal, acerca da distinção entre o citado instituto e a do aumento de capital via aporte de bens, assim como os efeitos tributários decorrentes.

7.1. De um lado, o Recorrente, alicerçado no entendimento do Acórdão nº 9202-003.579, defende que operações de incorporação não representam fato gerador do IRPF, posto ensejaria mera substituição de bens (item 82, e-fls 3720), além de se constituir em operação típica do Direito Societário.

7.2. De outro lado, o entendimento da Fiscalização, que foi confirmado pela decisão de primeira instância, no sentido da incorporação de ações se revestir em forma de alienação.

[...]

7.7. Posicionamentos de diversas turmas do CARF são convergentes no sentido de considerar a incorporação como alienação em sentido amplo. Vejamos:

[...]

9. Considerando que a questão controvertida está centrada na alegada distinção entre as figuras da incorporação de ações e a da alienação, entende-se importante inserir no bojo da presente fundamentação, aspectos doutrinários acerca do instituto da incorporação de ações.

Convém, portanto, afastar as alegações recursais segundo as quais a decisão *a quo* teria considerado a incorporação de ações como “*uma conferência de bens ou direitos para a integralização do capital subscrito da sociedade incorporadora (subscrição de capital com integralização de bens)*” de modo a justificar a manutenção da autuação. Aliás, os argumentos suscitados no julgado vergastado em relação a esse tema vão ao encontro do que restou assentado no Acórdão nº 9202-010.324 (trechos transcritos acima), o que impõe a negativa de provimento ao apelo recursa, visto que a presente matéria se confunde com aquela abordada no tópico relativo à “configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações”.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, nego-lhe provimento.

Mário Pereira de Pinho Filho

(assinado digitalmente)