



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10280.720107/2017-89
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-010.045 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 28 de outubro de 2021
Recorrente ANA MARIA CANELAS AGUILERA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.
GANHO DE CAPITAL.

Na incorporação de ações ocorre ganho de capital, sujeito à incidência do Imposto de Renda, consistente na diferença entre o valor das ações da empresa incorporada, pertencentes ao contribuinte, e o valor das ações emitidas pela incorporado e entregues ao contribuinte em substituição às ações da empresa incorporada de sua propriedade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Recursos Especiais e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhes provimento, vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (relator) e Ana Cecília Lustosa da Cruz, que lhes deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

(assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, João Victor Ribeiro Aldinucci, Maurício Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim (Suplente Convocado) e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício). Ausente(s) o conselheiro(a) Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, substituído(a) pelo(a) conselheiro (a) Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pelos sujeitos passivos contribuinte e solidário em face do acórdão 2201-004.688, de recurso voluntário, e acórdão de embargos 2201-005.049, e que foram parcialmente admitidos pela Presidência da 2ª 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) inexistência de disponibilidade na hipótese de alienação de ações em face de condições contratuais suspensivas; e (iv) tributação da pessoa física no regime de caixa. Seguem as ementas das decisões nos pontos que interessam:

Acórdão de Recurso Voluntário

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

Na operação de incorporação de ações, a transferência dessas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação, sendo tributável, como ganho de capital, a diferença a maior obtida pelo detentor de ações transferidas para o capital social da companhia incorporadora.

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte principal para excluir do valor da alienação os valores proporcionais pagos à empresa AGL. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo, que negou provimento. Quanto ao recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo solidário, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento.

Acórdão de Embargos de Declaração

INEXISTÊNCIA DE ERROS E OMISSÕES. RECURSO COM NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE.

Embargos de declaração opostos com caráter infringente que foge ao caso concreto julgado e aos parâmetros fáticos e legais do lançamento tributário.

Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022). É inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas na decisão embargada, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FATOS LEVANTADOS EM CONTRARRAZÕES DE RECURSO. INEXISTÊNCIA O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Judiciário e aplicável no âmbito do processo administrativo, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

A decisão foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos declaratórios formulados pela Fazenda Nacional, ratificando o Acórdão nº 2201004.688, de 12 de setembro de 2018.

Foi lavrado Auto de Infração para exigência do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), tendo em vista a alegada existência de omissão de ganho de capital na alienação de 37,87% do capital da contribuinte ANA MARIA CANELAS AGUILERA na DISTRIBUIDORA BIG BENN S.A., incorporado pela DROGARIA GUARARAPES S.A. O

cônjuge da contribuinte, ROBERTO AUGUSTO GAMELAS AGUILERA, foi autuado como solidário, tendo em vista que os fatos geradores constatados no procedimento fiscal seriam oriundos da alienação de bens comuns do casal.

Em seus recursos especiais, e no que foi objeto de admissão prévia, os sujeitos passivos 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 subscrição com alienação de bens

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

Inexistência de disponibilidade na hipótese de alienação de ações em face de condições contratuais suspensivas

- conforme paradigmas 1302-001.465 e , não há como falar que houve a aquisição das referidas ações em dezembro de 2007, se elas estavam gravadas com cláusula de inalienabilidade; e apuração do imposto de renda pelo regime de caixa, aplicável às pessoas físicas, somente ocorrerá o acréscimo patrimonial se houver a efetiva disponibilidade financeira;

Tributação da pessoa física no regime de caixa

- conforme paradigmas 9202-003.579 e 2401-005.254, o regime de caixa, como o próprio nome indica, privilegia o aspecto financeiro dos negócios jurídicos, de modo que os efeitos fiscais das mutações patrimoniais só serão reconhecidos quando houver a realização financeira deles; e 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.

Foi rejeitado o agravo interposto pelos sujeitos passivos e tornou-se definitiva a decisão que deu seguimento parcial aos recursos especiais.

A Fazenda Nacional foi intimada do acórdão de recurso voluntário, dos recursos especiais e dos seu exames de admissibilidade, e apresentou contrarrazões, nas quais basicamente afirma que os apelos devem ser desprovidos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, Relator.

1 Conhecimento

Os recursos especiais são tempestivos, visto que interpostos dentro do prazo legal de quinze dias (art. 68, caput, do Regimento Interno do CARF), e os recorrentes demonstraram a existência de legislação tributária interpretada de forma divergente (art. 67, § 1º, do Regimento), de forma que os apelos devem ser conhecidos.

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, os recursos dos sujeitos passivos visam a rediscutir as seguintes matérias, que, por serem intrinsecamente relacionadas, serão julgadas em conjunto: (i) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações; (ii) distinção entre incorporação de ações e subscrição com integralização de bens; (iii) inexistência de disponibilidade na hipótese de alienação de ações em face de condições contratuais suspensivas; e (iv) tributação da pessoa física no regime de caixa.

De início, ressalto que os recursos da contribuinte e do solidário devem ser providos.

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 assembleia-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 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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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.

§ 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 (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, embora tais condições reforcem a inexistência de disponibilidade.

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

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.

pode ser identificada a base de cálculo do imposto se o valor de alienação for superior ao custo de aquisição.

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, e como se depreende do Termo de Verificação Fiscal, a parcela paga em dinheiro foi tributada como ganhos de capital, subsistindo controvérsia apenas em relação às ações incorporadas.

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 capital 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, relembre-se que a parcela complementar em dinheiro foi tributada pela contribuinte como ganhos de capital.

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 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 deva 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 consistiria em tributar os sócios ou acionistas numa base de cotação a mercado decorrente da apreciação ou depreciação das ações, mesmo inexistindo ganhos realizados⁴.

Como sabido, o direito brasileiro não contempla nenhuma dessas modalidades de tributação.

Ora, a tributação do capital antes de sua realização é incompatível com o Código Tributário Nacional, segundo o qual a incidência do imposto de renda pressupõe a existência de rendas ou proventos disponíveis e realizados (art. 43 do Código). 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 e disponível.

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 muito tempo desde a aquisição da participação societária da empresa incorporada.

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.

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 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 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/ativos/capital).

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 diferido 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 diferido para o momento/tempo em que as novas ações vierem a ser alienadas, o que decorre do princípio da realização da renda.

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 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).

No caso *in concreto*, é incontroverso que o recebimento de parcela complementar em dinheiro foi tributado, sendo que, em relação à permuta das ações, inexistiu ganho de capital tributável e renda efetivamente realizada. 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 tribunais 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

A par dos paradigmas e dos precedentes deste Conselho indicados nos recursos da contribuinte e solidário, cabe transcrever 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

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.

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)

A existência de penhor (penhor de dez anos para garantia de obrigações assumidas pela recorrente) e de cláusula *lock up* (proibição de venda das ações pelo período de três anos) reforça que os ganhos ainda não estavam disponíveis para a acionista pessoa física. A recorrente nem mesmo poderia vender parte das ações para o pagamento do imposto apurado no presente processo, o que demonstra a inexistência de liquidez passível da incidência do imposto. Como já afirmado, é incabível a tributação sobre ganhos que não foram objeto de realização.

Tais cláusulas aproximam a hipótese dos autos à hipótese de cláusula *escrow account* (conta garantia), compreendida como um pacto acessório a um contrato principal (geralmente contrato de compra e venda), no qual as partes vendedora e compradora acordam em confiar a um terceiro (principalmente um banco) a guarda de valores, bens ou direitos, para serem entregues à vendedora, caso não ocorram contingências ou passivos; ou restituídos à compradora, caso ocorram as contingências ou os passivos previstos ou determinados no contrato principal. Em artigo acadêmico de 2020 sobre o tema, demonstrei que os precedentes do CARF (acórdãos 2402-006.870 e 2401-005.811) eram no sentido de prestigiar o princípio da realização da renda, já que:

Conforme preceitua o artigo 43 do Código Tributário Nacional, o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda (fonte) ou proventos de qualquer natureza (acréscimos patrimoniais), sendo traço característico, tanto da renda, quanto dos proventos, o acréscimo de riqueza que incrementa ou possa incrementar o patrimônio do contribuinte, elevando a sua capacidade contributiva. Esse acréscimo somente se viabiliza quando os valores são entregues ao sujeito passivo, mormente porque a pessoa física está sujeita ao regime de caixa, estatuído no art. 2º da Lei 7713/88, que, em regra, requer a existência de fluxo financeiro.

No ordenamento jurídico tributário brasileiro, a renda tributável é a variação patrimonial positiva verificada dentro de determinado tempo, excluindo-se de tal conceito a renda consumo (serviços prestados ao indivíduo a partir de sua propriedade) ou a renda psíquica (bem-estar proporcionado ao indivíduo pelo Estado e pela renda), havendo, portanto, necessidade de sua realização no mundo real. Expressando-se de outra forma, no Brasil o imposto de renda está diretamente vinculado ao princípio da realização e ao princípio da capacidade contributiva. Como explicitado na dissertação de Victor Borges Polizelli⁶:

⁶ *O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda das pessoas jurídicas*, disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112011-145517/publico/Versao_Integral.pdf, acesso em 15/8/19.

O princípio da realização encontra-se atrelado ao princípio da capacidade contributiva e, desse modo, busca implementar os valores correspondentes (justiça e igualdade). Identificando-se na renda o elemento indicador da capacidade contributiva por excelência, torna-se imperativo apurar a renda realizada, de modo a impedir que a tributação atinja eventos econômicos incompletos ou incertos.

Com o mero depósito do valor em conta *escrow*, o alienante não tem sua disponibilidade, nem mesmo jurídica, na medida em que o valor poderá ser integralmente restituído ao comprador. Logo, não há realização da renda e nem acréscimo de capacidade contributiva com o depósito, os quais somente ocorrerão quando levantada a condição suspensiva do fato gerador⁷.

Sob o ponto de vista da realização da renda, as situações são bem análogas, de modo que a existência de penhor e de cláusula *lock up* parece reforçar a inexistência de ganhos realizados e disponíveis.

Logo, devem ser providos os recursos.

3 Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer e dar provimento aos recursos especiais dos sujeitos passivos.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

⁷ ALDINUCCI, João Victor Ribeiro. Eficiência probatória e a atual jurisprudência do CARF. Tributação pelo IRPF das quantias recebidas em escrow account: aspectos probatórios. Coordenação Gisele Barra Bossa. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 571/572.

Voto Vencedor

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa – Redator Designado

Divergi do relator quanto ao mérito. Como bem relatado, a matéria devolvida à apreciação do Colegiado, que consiste, na essência, em saber da incidência de ganho de capital no caso de incorporação de ações, por opção do contribuinte, foi desdobrada em quatro 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) inexistência de disponibilidade na hipótese de alienação de ações em face de condições contratuais suspensivas; e (iv) tributação da pessoa física no regime de caixa.

Sobre a primeira questão - (i) não configuração de alienação na hipótese de incorporação de ações, entendo que a tese de que a incorporação de ações não configura alienação não se sustenta. Essa tese pressupõe uma mudança arbitrária, apenas por conveniência, do sentido do verbete “alienação”, que é 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”. Portanto, independentemente da forma com que se realiza essa mudança de titularidade, por venda, permuta, incorporação, etc. ocorre, sim alienação.

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.

Quanto à questão do regime de caixa x regime de competência, não se deve confundir regime de caixa e regime de competência com pagamento/recebimento em dinheiro, o que denotaria 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 importo 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.

Tratando especificamente da incorporação de ações, com a efetivação da incorporação de ações e a emissão de novas ações pela incorporadora 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.

Sobre a alegada inexistência de disponibilidade na hipótese de alienação de ações em face de condições contratuais suspensivas, a afirmação também não se sustenta, pois, como referido acima, o negócio da incorporação de ações se concretiza com a emissão e entrega aos acionistas das novas ações emitidas pela incorporadora. Essa questão foi adequadamente apreciada pelo Acórdão Recorrido do qual peço vênha para transcrever trecho, cujos fundamentos incorporo ao meu voto:

11 – É que esse fato em nada muda a ocorrência da disponibilidade jurídica ou econômica sobre a operação de incorporação de ações, na medida em que houve a hipótese de incidência na operação antes mesmo da ocorrência da garantia real e mesmo assim, esse fato (dar em garantia seu patrimônio) sugere que o contribuinte poderia dispor livremente de seus bens, sendo que o penhor em nada reflete no fato gerador da norma, pois é mera garantia de um crédito. A respeito do tema colacionado como razões de decidir parte das razões da D. PGFN às fls. 1.847:

"81. Com efeito, é incontornável a conclusão de que o fato de a recorrente dispor do bem, oferecendo-o em garantia, **pressupõe que o bem ingressou plenamente em seu patrimônio e, pois, na sua esfera de disponibilidade jurídica.**

82. O que se verifica é que os alienantes, visando a conferir garantia ao adquirente, acordaram, no livre uso de sua vontade, uma restrição temporária à faculdade de

disposição do direito de propriedade do acionista, **restrição essa que não afasta o uso e gozo do bem**, no caso, ações. De modo inverso, a cláusula 6.1 é expressa em dizer que “a Empenhante **poderá exercer ou deixar de exercer todos e quaisquer direitos inerentes às Ações Empenhadas**, incluindo, sem limitação, o direito de voto, o direito de receber dividendos, juros sobre capital próprio e outras distribuições de lucros efetuadas pela Companhia”.

83. Convém frisar que a restrição ao direito de propriedade não se confunde com condição à transferência de domínio. A transferência de domínio se perfectibilizou no momento da incorporação das ações e com ela o fato gerador do tributo, na forma do art. 3º da Lei n. 7.713/88. O bem ingressou no patrimônio dos acionistas e gerou acréscimo patrimonial.

84. De outro lado, a constituição de um ônus não descaracteriza o direito de propriedade. Inúmeras são as restrições ao direito de propriedade que decorrem tanto do adequado exercício de sua função social quando da necessidade de resguardar direitos dos particulares sem que estas restrições maculem o direito."

Finalmente, sobre a distinção entre incorporação de ações e subscrição com integralização de bens, de fato, uma operação não se confunde com a outra, assim como não se confunde com a permuta de ações ou a venda de ações, são diferentes formas de alienar a participação societária. Mas isso não tem nenhuma implicação na incidência ou não do ganho de capital. Por tudo o que foi exposto acima, trata-se de alienação de participação societária em que o alienante realiza um ganho efetivo, um acréscimo patrimonial sujeitando-se à incidência do imposto sobre esse ganho.

O lançamento tributário, assim como o acórdão recorrido, ao concluir pela incidência do imposto em momento algum equipara a incorporação de ações com a integralização de capital com ações, assim como não o faz este relator.

Assim, em conclusão, no caso de incorporação de ações, em que o valor das ações entregues pela incorporadora aos acionistas da empresa incorporada, em substituição às ações da empresa incorporada é maior do que o valor destas, a diferença configura acréscimo patrimonial, sujeito à incidência do Imposto de Renda como ganho de capital.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial do contribuinte.

Assinado digitalmente

Pedro Paulo Pereira Barbosa