



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
 SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

**Processo n°** 10437.720962/2015-05  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 2401-005.925 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de janeiro de 2019  
**Matéria** IRPF Ganho de Capital  
**Embargante** CONSELHEIRO JOSÉ LUÍS HENTSCH BENJAMIN PINHEIRO  
**Interessado** MARCOS EDUARDO DO AMARAL GUIMARÃES

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Ano-calendário: 2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DE PONTO.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão tiver omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. DECRETO-LEI N° 1.510/76. AUMENTO DE CAPITAL POSTERIOR.

O aumento de capital com emissão de novas quotas após 31/12/1983, inclusive mediante aquisição de quotas bonificadas oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros, não tem o condão de ensejar o direito adquirido do art. 4º, d, do Decreto-Lei n° 1.510, de 1976, como assevera a parte final do Ato Declaratório PGFN n° 12, de 2018.

IRPF. INCORPORAÇÃO DE QUOTAS. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. MOMENTO.

Na operação de incorporação de quotas, a transferência das participações societárias para o capital social da sociedade em que se ingressa caracteriza alienação em sentido amplo, sujeitando-se à apuração de ganho de capital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para dar provimento parcial ao recurso voluntário por se reconhecer que apenas parte das quotas alienadas/integralizadas no ano-calendário de 2010 gozam da isenção do art.4º, d, do Decreto-Lei n° 1.510, de 1976, uma vez que são isentas tão somente as quotas da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda (desconsideradas as advindas em 2009 por incorporação) adquiridas pelo recorrente até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei n° 7.713, de 1988, excluindo-se dessa isenção as quotas bonificadas, inclusive

oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros (bem como as oriundas de incorporações de correção monetária do capital social, inclusive a especial, ou de subvenção para incentivos fiscais), adquiridas após 31/12/1983; ressaltando-se, ainda, que as cisões parciais operadas em 1993 e 2010 ensejaram a redução do capital social com cancelamento proporcional de quotas com e sem isenção. Vencidos os conselheiros Luciana Matos Pereira Barbosa, Rayd Santana Ferreira e Andréa Viana Arrais Egypto, que davam provimento parcial em maior extensão para reconhecer o direito adquirido à isenção das ações oriundas das reservas de lucros e/ou lucros, além de excluir o ganho de capital vinculado à incorporação de ações. Vencido o conselheiro Matheus Soares Leite que dava provimento ao recurso voluntário. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro Rayd Santana Ferreira.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier.

## Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos em 21/11/2018 por este conselheiro, com fulcro no artigo 65, § 1º, inciso I, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria nº 343, de 2015, contra o acórdão nº. 2401-005.810 proferido por esta Colenda 1ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção em 03 de outubro de 2018 e formalizado em 19/11/2018, relativamente ao Processo Administrativo Fiscal acima epigrafado e de minha relatoria, cuja ementa segue transcrita abaixo:

*IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DIREITO ADQUIRIDO. ISENÇÃO. DECRETO Nº 1.510/76. APLICAÇÃO.*

*A manutenção da participação societária da empresa pelo período de 05 (cinco) no decorrer da vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76, importa na não incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido a partir da alienação de aludido direito, nos termos do artigo 4º, alínea “d”, daquele Diploma Legal, ainda que o ato negocial tenha ocorrido posteriormente à revogação de referida benesse fiscal, em face do direito adquirido pelo contribuinte no período sob a égide do precitado comando legal.*

*IRPF. GANHO DE CAPITAL. DECADÊNCIA.*

*O art. 62, § 2º, do Regimento Interno do CARF impõe a utilização da regra definida no REsp nº 973.733 – SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o que faz com que o art. 150, §4º, do CTN, somente deva ser adotado nos casos em que o sujeito passivo antecipe o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação; nas demais situações prevalecem os ditames do art. 173 do CTN.*

O dispositivo do acórdão recebeu a seguinte redação:

*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro (relator) e Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (Suplente Convocada), que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rayd Santana Ferreira.*

vencedor: A seguir, para um perfeita apreensão do ocorrido, colaciono excertos do voto

*Não obstante as sempre bem fundamentadas razões do ilustre Conselheiro Relator, peço vênias para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pelo nobre julgador, quanto o posicionamento ao Recurso Voluntário, devendo ser modificada a decisão a quo, com o cancelamento do ganho de capital, como passaremos a demonstrar.*

*Consoante se positiva dos autos, os argumentos do recorrente têm o condão de reformar o Acórdão atacado, bem como o Auto de Infração, por representar a melhor interpretação a propósito do tema, garantindo a segurança jurídica em homenagem ao direito adquirido à isenção de ganho de capital sobre a alienação de participação societária, posteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76, conquanto que tenha permanecido com a propriedade de sua participação por 05 (cinco) anos durante o período de validade de aludido Diploma Legal, impondo o acolhimento do pleito do contribuinte, com o fito de se restabelecer a ordem legal nesse sentido.*

*Com efeito, a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou (...)*

*Na hipótese dos autos, tendo o contribuinte permanecido com sua participação societária por mais de 05 (cinco) anos, durante a vigência do Decreto-Lei nº 1.510/1976, não há que se falar em expectativa de direito, mas, sim, em direito adquirido, tendo em vista o cumprimento dos pressupostos legais para fruição da isenção no decorrer do período regido pelo dispositivo legal retro.*

*Destarte, o fato de a alienação de sua participação societária ter ocorrido sob o manto dos preceitos insculpidos na Lei nº 7.713/88, não tem o condão de rechaçar o seu direito*

*adquirido. Como muito bem asseverou a recorrente há de se observar o princípio do tempus regit actum, implicando dizer que o contribuinte adquiriu o direito de gozar de aludida benesse fiscal no período em que vigia a norma isentiva, sendo defeso a alteração introduzida pela Lei nº 7.713/88 retroagir de maneira a alcançar fato jurídico perfeito e acabado.*

*A possibilidade de aplicação de uma norma mesmo após a sua revogação, dá-se o nome de “ultratividade”. Sobre a ultratividade em matéria de direito adquirido, vale destacar a lição do professor (...)*

*Não sendo o bastante a vasta fundamentação acima esposada, a Solução de Consulta Cosit nº 505, de 17 de outubro de 2017, aduz que (...)*

*No mesmo sentido, claramente aplicável ao caso, dispõe o Ato Declaratório PGFN nº 12, de 25 de junho de 2018, in verbis: (...)*

*Ante o exposto, resta claro que o contribuinte tem direito adquirido à isenção do Imposto de Renda da Pessoa Física incidente sobre o ganho de capital auferido pela alienação de participação societária, vez que atendeu a condição imposta pelo art. 4º, alínea “d” do Decreto-Lei 1.510/76 antes mesmo de sua revogação pela Lei n. 7.713/88.*

*Imprescindível mencionar o entendimento do Conselheiro Cleberson Alex Friess, pois há algumas ressalvas com a posição adotada por este Redator, como muito bem restou demonstrado na "Declaração de Voto" exarada no Acórdão nº 2401-005.278, senão vejamos: (...)*

*Em linhas gerais, a SC Cosit nº 505/2017 acolheu a orientação prevalente sobre o tema existente no Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim como o encaminhamento dado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016.*

*As soluções de consulta emitidas pela Coordenação-Geral de Tributação da RFB tem efeito vinculante no âmbito daquele órgão fazendário, inclusive no que tange às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento, representando a interpretação oficial da legislação tributária aplicável a fato determinado.*

*Implica reconhecer, portanto, que os contribuintes em idêntica situação tributária, sob pena de inaceitável discriminação, devem ser tratados uniformemente pelo Poder Público.*

*À vista dessas razões, com a ressalva do ponto de vista pessoal sobre a matéria, acompanho o voto do I. Relator no sentido de que as ações adquiridas pelo contribuinte até 31 de dezembro de 1983 fazem jus à isenção a que alude o Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, mesmo que a alienação das participações societárias*

*tenha se efetivado na vigência da Lei nº 7.713, de 1988  
(Fração Anterior - FA).(…)(grifo nosso)*

*Por todo o exposto, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, para afastar o ganho de capital, pelas razões de fato e de direito acima espostadas.*

Quando da formalização do acórdão nos presentes autos, deparei-me com a verificação da existência de omissão acerca de pontos sobre os quais deveria ter se pronunciado a Turma.

Na tabela a seguir, especifico os pontos em questão e que dizem respeito à constituição e evolução do capital social da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda e, por consequência, à constituição e evolução das quotas de titularidade do recorrente, com destaque para as aquisições de quotas em período posterior ao de vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76 e para a ocorrência de incorporações e de cisões parciais:

Documento	fls.	Data	Registro	cotas totais	capital social	Descrição
Constituição	156/163	30/10/1975	27/11/1975	70	Cr\$ 70.000,00	capital subscrito e integralizado em moeda
Alteração de 31/08/1992	164/185	31/08/1992	09/09/1992	1.070.401.292	Cr\$ 1.070.401.292,00	abre filial - não constam dos autos alterações anteriores a revelar formação do capital social explicitado nessa alteração de 31/08/1992.
Alteração de 28/05/1993	186/197	28/05/1993	16/09/1993	37.612.537.279 4.193.872.700	Cr\$ 37.612.537.279,00 Cr\$ 4.193.872.700,00	aumento de capital total de Cr\$1.070.401.292,00 para Cr\$ 37.612.537.279,00 por aproveitamento das contas "correção monetária do capital social" (Cr\$ 33.498.696.221,00), "subvenção para incentivos fiscais" (Cr\$ 94.272.488,00), "correção especial - lei nº 8.200/91" (Cr\$ 58,00) e "lucros acumulados" (Cr\$ 2.949.167.220,00). Redução do capital social para Cr\$4.193.872.700,00 por <u>cisão parcial</u> com versão de parte do patrimônio líquido (avaliado por balanço patrimonial em 30/04/1993) para aumento de capital da Irmãos Guimarães S/A - Droguistas (NIRC 35.300.041.470) com redução do número de quotas representativas do capital social transferido.
Alteração de 31/05/1995	198/202	31/05/1995	30/06/1995	695.838	CR\$ 4.193.872,00 R\$ 1.525,04 R\$ 695.838,00	conversão do capital social para real (de CR\$ 4.193.872,00 para R\$ 1.525,04) - falta folha 2 - na folha 3 consta contrato e capital social é maior = R\$ 695.838,00
5ª Alteração	203/212	30/04/1997	23/07/1997	833.108	R\$ 833.108,00	aumento de capital de R\$ 702.248,00 para 833.108,00 pelo aproveitamento de correção monetária do capital social (R\$130.860,00)
16ª Alteração	213/236	17/12/2009	30/12/2009	11.297.154	R\$ 11.297.154,00	aumento de capital por <u>incorporação</u> de "Irmãos Guimarães Ltda" (NIRE 35.217369.749), "Drogaria o Drogão Ltda" (NIRE 35.201.109.467) e "Administração, Representação e Comércio Guimarães Ltda" (NIRE 35.211.835.483), a ser processado pelos valores das incorporadas com base no valor contábil mediante balanço especial. As partes concordam que na incorporação manterão a mesma proporção da participação societária, ou seja 50%, para cada um dos irmãos.
19ª Alteração	237/251	25/03/2010	25/05/2010	17.753.072	R\$ 17.753.072,00	aumento de capital social para R\$ 17.753.072,00 com recursos lançados em conta do Balanço Patrimonial.

Processo nº 10437.720962/2015-05  
Acórdão n.º 2401-005.925

S2-C4T1  
Fl. 877

Protocolo de Cisão	252/254	30/04/2010	10/06/2010	11.297.154	R\$ 11.297.154,00	Redução de capital social de R\$ 17.753.072,00 para R\$ 11.297.154,00 por <u>Cisão Parcial</u> para Vila Inhambú Participações Ltda com redução do número de quotas representativas do capital social transferido.
21ª Alteração	46/61	21/06/2010	29/07/2010	11.297.154	R\$ 11.297.154,00	Drogaria São Paulo SA passa a ter totalidade cotas de titularidade do recorrente e ingressa Ronaldo Jose Neves de Carvalho com 1 cota.

**Obs1:** além dessas alterações contratuais, consta dos autos a 22ª Alteração Contratual; e, excetuadas a 21ª e a 22ª Alteração, o recorrente nas demais alterações especificadas na tabela consta como sócio com metade do capital social.

**Obs2:** Na petição de Separação Judicial Consensual do recorrente (fls. 534/554) protocolada em 21/10/2003, consta a informação de que o recorrente tinha como bem exclusivo 416.554 quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda, fls. 546. Logo, em 2003, o capital social, guardado o percentual histórico de 50%, seria de 833.108 cotas, ou seja, R\$ 833.108,00.

A situação em foco não constou de meu Relatório e nem foi explicitada nos debates, tendo o colegiado deliberado sem enfrentar tais pontos.

Nesse contexto, foram opostos os embargos de declaração a fim de que o recurso voluntário sofresse nova apreciação por parte deste Colegiado, por ter o Acórdão nº 2401-005.810 incorrido em omissão acerca de pontos sobre os quais a Turma deveria, obrigatoriamente, ter se pronunciado.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro

Formalizado o Acórdão em 19/11/2018, os embargos de declaração opostos em 21/11/2018 são tempestivos.

O voto condutor considerou que o contribuinte permaneceu com sua participação societária por mais de 05 (cinco) anos, durante a vigência do art. 4º, *d*, do Decreto-Lei nº 1.510/1976, não havendo que se falar em expectativa de direito, mas, sim, em direito adquirido, tendo em vista o cumprimento dos pressupostos legais para fruição da isenção no decorrer do período regido pelo dispositivo legal referido, em face da jurisprudência administrativa, da doutrina, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, da Solução de Consulta Cosit nº 505, de 2017, e do Ato Declaratório PGFN nº 12, de 2018. A partir desse raciocínio, concluiu-se pelo provimento ao recurso voluntário.

Logo, a Turma acabou por não se pronunciar sobre ponto essencial para a configuração da real dimensão do direito adquirido reconhecido pela decisão, ou seja, sobre a evolução acima explicitada do capital social da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda e, por consequência, sobre a evolução acima explicitada das quotas em titularidade do recorrente e que restaram alienadas em 2010.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade (RICARF, Anexo II, art. 65), tomo conhecimento do recurso.

Diante da referida evolução, explicitada na tabela constante do relatório acima, evidencia-se que:

- (1) houve aumentos de capital em períodos posteriores ao gerador de direito adquirido do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/1976;
- (2) a cisão parcial determinada pela alteração contratual de 1993 ensejou o cancelamento de 88,85% das quotas da empresa;
- (3) a cisão parcial de 2010 cancelou 36,37% das quotas da empresa;
- (4) houve a incorporação das empresas "Irmãos Guimarães Ltda", Drogaria o Drogão Ltda" e "Administração, Representação e Comércio Guimarães Ltda" em dezembro de 2009; e
- (5) não estão presentes nos autos todas as alterações contratuais.

De plano, registre-se que as cisões parciais de 1993 e 2010 ensejaram a redução do capital social com cancelamento proporcional de quotas com e sem isenção, tendo-se em mente a adoção do critério da média ponderada na apuração do ganho de capital (IN SRF nº 39, de 1993, art. 20; e IN SRF nº 84, de 2001, art. 16).

Apesar de não estarem presentes nos autos todas as alterações contratuais, o contrato social e as alterações contratuais constantes dos autos são suficientes para possibilitar a imediata solução da lide, eis que geram a convicção de que a Organização Farmacêutica Drogão Ltda era empresa familiar de Marcos Eduardo Amaral Guimarães e Paulo Ney Amaral Guimarães, ambos possuindo participação no capital social desde a constituição em 1975 até as alienações de 2010, e comprovam que houve aumento de capital após 31/12/1983 com emissão de novas quotas.

O aumento de capital com emissão de novas quotas após 31/12/1983, inclusive mediante aquisição de quotas bonificadas oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros (inclusive resultantes da correção monetária do capital social ou de subvenção para incentivos fiscais), não tem o condão de ensejar o direito adquirido do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/1976, como assevera a parte final do Ato Declaratório PGFN nº 12, de 2018.

Logo, no caso concreto, constata-se que apenas parte das quotas alienadas em 2010 gozou da isenção do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/1976, devendo para tanto ser adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 1988.

Em relação ao aumento de capital advindo da emissão de quotas pela incorporação das empresas de "Irmãos Guimarães Ltda", "Drogaria o Drogão Ltda" e "Administração, Representação e Comércio Guimarães Ltda", devemos tecer mais algumas considerações, tendo em mente o disposto no Parecer Normativo CST nº 39, de 1981:

*Parecer Normativo CST nº 39, de 19/10/1981*

*Em face da previsão legal de não incidir o imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de participações societárias efetuada após decorrido o período de 5 anos da data da subscrição ou aquisição, em conformidade com o disposto no art. 40, § 5º, alínea d, do Regulamento baixado com o Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, indaga-se qual o termo de início do quinquênio legal se, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, houver substituição dos títulos representativos da participação em sociedades que tenham realizado uma dessas operações.*

**2. Em primeiro lugar, cabe observar que, na incorporação, fusão e cisão, há traspasse de "patrimônio", ou "patrimônios", cujo valor passará a formar o capital social, e que deverá ser, pelo menos, igual ao montante do capital a realizar (art. 226, caput, da Lei nº 6.404/76).**

2.1. Na incorporação e na fusão, segundo magistério de Pontes de Miranda, há persistência do vínculo social, e a finalidade da lei, ao regulá-las, foi a de evitar solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e o hoje, e implicam que se admitam na sociedade incorporante ou fundente os acionistas ou sócios da sociedade incorporada ou fundida ("Tratado de Direito Privado", tomo LI, p. 66 e 75).

**3. O Código Civil diz que o "patrimônio" é coisa universal, ou universalidade, e como tal subsiste, embora não conste de objetos materiais (art. 57) e nele fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor e vice-versa (art. 56).**

3.1. Segundo o **princípio geral da sub-rogação nas universalidades**, enunciado pelo último dispositivo, "se, nos bens coletivos, a algum dos bens que o compõem se substitui valor, ou outro bem, ou se, com o valor, se inclui outro bem, dá-se a sub-rogação", dado que "onde a substituição de um bem por outro, sem se subordinar às mesmas regras jurídicas que sobre aquele incidiam e iam incidir, sacrificaria a destinação do bem singular, ou a sua inclusão em bem coletivo, a sub-rogação real se opera" (A. e op. cit., tomo V, p. 401 e 404).

3.2. Como a define Pedro Nunes, a **sub-rogação real ocorre no caso de substituição de uma coisa por outra, que fica em lugar da primeira com a transferência implícita, para o sub-rogado, de todos os direitos e ações do sub-rogante** ("Dicionário de Técnica Jurídica"). Por outras palavras, um bem fica no lugar de outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser, em qualquer momento, universalidades, como ocorre nos casos mencionados de fusão, incorporação e cisão.

**4. Deduz-se, daí, que o direito obtido em subscrição ou aquisição não se extingue com as citadas operações, mas, ao contrário, mantém-se em relação ao patrimônio que absorveu o primitivo. Desta forma, as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas "novamente inscritas ou adquiridas", donde dever ser contada como data inicial do quinquênio aquela indicada no art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/76.**

Antes de mais nada, devemos ressaltar que aqui se discute a incorporação de sociedade e não a incorporação de quotas/ações. O tratamento tributário de ambas é distinto, como bem assevera a Solução de Consulta Cosit nº 224, de 14 de agosto de 2014:

(...) disposição legal contida no art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que trata da transferência de bens de pessoa

***física a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, a qual prevê caso de tributação de ganho de capital quando a transferência ocorrer por valor superior ao constante da respectiva declaração de bens.***

4. Também cita a Pergunta nº 556 da publicação “Perguntas e Respostas do IRPF 2013”, elaborada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), cujo teor expressa ***não caracterizar alienação, para fins de incidência do IRPF, a substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, em casos de cisão, fusão ou incorporação. (...)***

***Fundamentos (...)***

25. Com efeito, na incorporação de sociedade ocorre a extinção da personalidade jurídica da companhia incorporada, cujos direitos e obrigação sub-rogam-se à pessoa jurídica incorporadora. Concentram-se nesta, portanto, todos os aspectos jurídicos e patrimoniais atinentes à pessoa jurídica extinta.

26. Por tal motivo, não cabe aplicar o mesmo tratamento tributário a ambas as figuras – incorporação de companhias e incorporação de ações.

27. De modo que a Pergunta/Resposta nº 556 do “Perguntas e Respostas do IRPF 2013”, mencionada pelo consulente, que tem por base o Parecer Normativo CST nº 39, de 19 de outubro de 1981, emitido pelo Coordenador do Sistema de Tributação, cuida exatamente dessa substituição de ações na hipótese de fusão, cisão ou incorporação de sociedades, e não da operação societária de incorporação de ações.

28. Portanto, por tratarem de matérias distintas, não há conflito entre o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, e a resposta à Pergunta nº 556.

A seguir, para um melhor compreensão, transcrevo a Pergunta e Resposta nº 556 do IRPF em questão:

***SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES — CISÃO, FUSÃO OU INCORPORAÇÃO***

556 — *Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação?*

***A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.***

*A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária.*

*Atenção:*

***O montante das novas participações societárias deve ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária. (Parecer Normativo CST nº 39, de 1981)***

Sobre a proporcionalidade em relação às anteriormente possuídas, podemos invocar o seguinte excerto do Parecer Normativo CST nº 21, de 1987:

*2. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), ao introduzir a figura da cisão no direito positivo brasileiro, justificou que esta medida visava assegurar maior liberdade na fixação das condições das companhias e definiu-a em seu artigo 229, cujo § 5º é essencialmente relevante na análise que aqui pretendemos realizar.*

*3. O referido § 5º trata do critério para distribuição das ações do capital da pessoa jurídica sucessora, integralizadas com parcela do patrimônio da sucedida. Segundo esse dispositivo legal, as ações devem ser atribuídas aos acionistas da sociedade cindida, na mesma proporção das que possuíam. (...)*

***3.2. Na cisão, assim como na incorporação ou fusão, a transferência do patrimônio de uma pessoa jurídica à outra é feita de forma direta e não por intermédio dos acionistas ou sócios da sociedade de origem, não ocorrendo, nesses casos, modificação na relação de propriedade entre esses acionistas ou sócios. Daí que da cisão, incorporação ou fusão não pode resultar ganho para alguns acionistas ou sócios em detrimento de outros. Esse princípio deve ser observado em todos os eventos dessa natureza. Assim, na cisão de uma empresa, com a partição de seu quadro societário, a propriedade da parcela de patrimônio vertida deve ser atribuída aos acionistas ou sócios que se transferem numa proporção tal, que não haja ganho e perda entre eles próprios.***

Portanto, na incorporação de sociedade não há liquidação do investimento havido na pessoa jurídica extinta. Ainda que os títulos de participação societária integrantes do patrimônio jurídico da pessoa física sejam substituídos por títulos da nova empresa, não há liquidação de quota/ação e aquisição de nova quota/ação, eis que o vínculo social persiste e o traspasse de patrimônio se opera entre as pessoas jurídicas. Algo semelhante ocorre quando, por exemplo, uma sociedade limitada transforma-se em sociedade anônima e o título jurídico integrante do patrimônio da pessoa física se altera de quota para ação, não havendo liquidação de investimento e novo investimento.

Destarte, na incorporação de sociedade, os novos títulos de participação societária, obtidos em substituição aos extintos em mesma proporção, não podem ser considerados como novamente subscritos ou adquiridos; não há liquidação de investimento e nova subscrição de capital. Por isso, a Pergunta e Resposta nº 556 ressalta que o montante das novas participações societárias deve ser considerado como igual ao custo de aquisição da participação societária originária.

Uma ressalva, entretanto, deve ser destacada e para tanto invoco a inteligência veiculada no Parecer Normativo CST nº 462, de 1971:

1. Empresa de responsabilidade limitada, **pretendendo incorporar outra empresa, esta Sociedade Anônima, mediante simples apropriação dos saldos das contas constantes do balanço de encerramento da incorporada, inclusive prejuízos, informando antes que ambas possuem como participante majoritária em seus capitais uma mesma empresa estrangeira indaga se correto o seu entendimento de que:**

1) "não haverá qualquer tributação para os acionistas da incorporada ao receberem um número de quotas igual ao número de ações e de valor também igual";

2) "não haverá qualquer tributo para a pessoa jurídica, uma vez que não haverá qualquer alteração nos valores contábeis de quaisquer das contas, que simplesmente passarão de uma para outra empresa"; (...)

4. Na Legislação comercial ocupam-se da matéria o artigo 152 e seus parágrafos do **Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.1940**, aplicáveis tanto às Sociedades Anônimas - por serem seu objeto específico - como às sociedades de responsabilidade limitada, face ao que dispõe o artigo 18 do Decreto nº 3.708, de 10.01.1919.

#### **5. Preceituam os supramencionados dispositivos legais:**

Art. 152. "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 Sociedade Anônima incorporadora deverá, em Assembléia Geral, na forma desta Lei, aprovar as bases da operação e o projeto de reforma dos estatutos. **As sociedades que houverem de ser absorvidas tomarão conhecimento destes atos e, se os aprovarem autorizarão os administradores a praticar todos os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor que se verificar entre o ativo e o passivo.**

§ 2º - A Assembléia Geral da Sociedade Anônima incorporadora nomeará os peritos para a avaliação do patrimônio líquido das sociedades que tenham que ser incorporadas, e, aprovado o laudo da avaliação, promoverão os Diretores daquela sociedade o arquivamento e a publicação dos respectivos atos. (grifei)

§ 3º - Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, aprovado o laudo da avaliação pela Assembléia Geral da Sociedade Anônima incorporadora, deverão reunir-se e declarar extintas as sociedades incorporadas, arquivando-se e publicando-se em seguida os respectivos atos, juntamente com os referidos no parágrafo anterior.

6. Sem maiores esforços de interpretação, da leitura dos textos legais, salta à vista de pronto **uma formalidade essencial à realidade do ato jurídico: se efetue a incorporação tendo por base o patrimônio líquido da incorporada, avaliável, inclusive por peritos nomeados. Em última análise, impõe-se à operação a obediência às mesmas formalidades exigíveis na subscrição de capital, mediante ingresso de bens.**

7. Não obstante a clareza de tais preceitos, positivamente, não os atenderia o procedimento pretendido pela consulente. Isto porque, ao se proceder à incorporação pelo valor do capital nominal da incorporada sem a devida consideração à existência de prejuízos acumulados, na realidade estar-se-ia atribuindo valor positivo, como patrimonial, a uma parcela de valor negativo, representativa justamente de real decréscimo do patrimônio da empresa. Seria, em síntese, uma subscrição de capital sem correspondência de qualquer ingresso, o que representaria não só uma aberração do ponto de vista econômico, como um atentado nos Mandamentos Legais de Regência (artigos 4º e 152 do Decreto-Lei nº 2.627-40 e 287 do Código Comercial Brasileiro). (...)

9. Descaracteriza-se a espécie como incorporação de empresa, só resta constituir-se liquidação pura e simples de uma e subscrição de capital de outra pelos acionistas daquela.

Apesar de o Parecer Normativo CST nº 462, de 1971, se alicerçar em legislação revogada, a legislação posterior não difere substancialmente da nele invocada, como podemos verificar:

**Lei nº 6.404, de 1976.**

Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar. (...)

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 assembleia-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.

**Lei nº 10.406, de 2002**

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

*Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.*

*§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.*

*§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada.*

*Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.*

Destarte, em face da legislação em vigor, permanece válida a conclusão de que, **descaracterizada a incorporação de sociedade**, deve-se compreender haver um investimento em participação societária liquidado e substituído na mesma operação por investimento diverso, a caracterizar a ação/quota recebida em substituição como novamente subscrita ou adquirida.

No caso concreto, o sócios da incorporadora deliberaram acerca da incorporação na 16ª Alteração Contratual, fls. 213/236, tendo constado expressamente que:

*Através dos Protocolos de Justificação de Incorporação, os sócios acordaram: 1) Proceder a Incorporação das seguintes sociedades:*

*a) IRMÃOS GUIMARÃES LTDA., com sede à Rua Forte do Rio Negro, 220, São Mateus - Cep 08340-180, São Paulo - inscrita no CNPJ sob o n.º 04.918.584/0001-30, com registro JUCESP sob o n.º NIRE 35.217.369.749.*

*b) DROGARIA O DROGÃO LTDA., com sede ao Largo São Bento n.º 10 sobreloja, sala 1, Centro - Cep 01029-010, São Paulo - inscrito no CNPJ/MF sob o n.º 49.174.840/0001-60, com registro JUCESP sob o n.º NIRE 35.201.109.467., e*

*c) ADMINISTRAÇÃO, REPRESENTAÇÃO E COMÉRCIO GUIMARÃES LTDA., com sede a Avenida Padre Antonio José dos Santos n.º 1083 - sobreloja - Cep 04563-013 - bairro Cidade Monções. Estado de São Paulo - inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 60.744.729/0001-02, com registro JUCESP sob o n.º NIRE 35.211.835.438.*

*por resolverem que a efetivação de tal operação atenderá os interesses e anseios de todos os sócios.*

*2) A presente incorporação processa-se pelos valores apurados em balanço especialmente levantado para este fim, com data de 30/11/2009., sendo, que as variações patrimoniais, ocorridas*

entre a data do balanço e a data da efetivação, da incorporação serão levados em conta da sociedade incorporadora.

**3) Os valores das sociedades incorporadas, serão efetivamente avaliadas com base no valor contábil pela empresa especializada para tal fim contratada, Hélio Antonio & Braga Ltda., com sede na Rua Serra de Japi nº 106, - Cep 03309-000 - Tatuapé - São Paulo - SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.937.577/0001-50 e no CRC-SP sob o nº ISP 175140/0-6 que aceitando a incumbência se comprometeu a apresentar o correspondente laudo de avaliação.**

**4) Com a incorporação, o capital social ficará da seguinte forma:**

Sócios quotas valor

a) Paulo Ney Amaral Guimarães.....	5.648.577,00..R\$ 5.648.577,00
b) Marcos Eduardo do Amaral Guimarães...	5.648.577,00. R\$ 5.648.577,00
Total.....	11.297.154,00..R\$ 11.297.154,00

**5) As partes acordam que na incorporação, manterão a mesma proporção da participação societária, ou seja 50% (cincoenta por cento) cada um.**

**6) Com o aumento do capital social, alterar a Cláusula 5ª do - Capítulo II, do Contrato Social que passará a ter a seguinte redação:**

**CLÁUSULA 5ª.** O capital social totalmente subscrito e integralizado é de R\$ 11.297.154,00 (onze milhões duzentos e noventa e sete mil cento e cinquenta e quatro reais), dividido em 11.297.154 (onze milhões duzentos e noventa e sete mil cento e cinquenta e quatro) quotas no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, integralizadas neste ato em moeda corrente do País, assim distribuídas entre os sócios:

(a) O sócio Paulo Ney Amaral Guimarães, já qualificado, é proprietário de 5.648.577 (cinco milhões seiscentos e quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, totalizando o montante de R\$ 5.648.577,00 (Cinco milhões quinhentos e quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete reais) e,

(b) O sócio Marcos Eduardo do Amaral Guimarães, já qualificado, é proprietário 5.648.577 (cinco milhões seiscentos e quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, totalizando o montante de R\$ 5.648.577,00 (Cinco milhões quinhentos e quarenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete reais).

**7) A operação acarretará a alteração do Objeto da Sociedade, que passará a ser: (...)**

Face as alterações inseridas no presente instrumento, às cláusulas e condições por que se regerão à sociedade passarão ser as seguintes:

Portanto, a alteração contratual constante dos autos é expressa quanto a manutenção da proporção dos sócios na participação societária. Não esclarece, contudo, se tal manutenção se dá em face da incorporadora ou das incorporadas. Na incorporadora, a proporção é mantida. Porém, essa proporção deve ser mantida em relação às incorporadas, não havendo prova nesse sentido nos autos.

Além disso, a 16ª Alteração Contratual não está acompanhada dos Laudos de Avaliação das três empresas incorporadas. Logo, não há como se saber se o patrimônio líquido de cada incorporada foi suficiente para lastrear o respectivo aumento de capital na incorporadora.

Caso restassem provados a manutenção da proporção e serem os patrimônios líquidos suficientes, as quotas resultantes do aumento de capital poderiam gozar de todos os direitos havidos em face das quotas extintas, por se operar a sub-rogação real. Em tal hipótese, caberia se apurar quando e por quem foram constituídas as três empresas e qual a evolução societária e do capital social das mesmas para se verificar se haveria alguma quota de titularidade do recorrente nas empresas extintas a gozar do direito à isenção do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/1976. Mas, para tanto, deveria ter o recorrente carreados aos autos os contratos sociais e as alterações contratuais de tais empresas.

Para comprovar o fato impeditivo consistente na isenção, o recorrente instruiu a impugnação apenas com o Contrato Social original da Organização Farmacêutica Drogão Ltda (fls. 622/647) e com suas 16ª (fls. 648/672), e 21ª (fls. 673/688) e 22ª (fls. 689/717) Alterações Contratuais. Durante a fiscalização, o recorrente já apresentara a 21ª Alteração Contratual (fls. 46/61) e a Drogaria São Paulo SA tinha apresentado, em relação à Organização Farmacêutica Drogão Ltda, o Contrato Social (fls. 156/163), as Alterações de 31/08/1992 (fls. 164/185), de 28/05/1993 (fls. 186/197) e de 31/05/1993 (fls. 198/202) e as 5ª (fls. 203/212), 16ª (fls. 213/236) e 19ª (fls. 237/251) Alterações, bem com Protocolo de Cisão de 2010 (fls. 252/254).

Assim, em relação às quotas advindas da incorporação das empresas de "Irmãos Guimarães Ltda", "Drogaria o Drogão Ltda" e "Administração, Representação e Comércio Guimarães Ltda", o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar o direito à isenção.

Destarte, resta reconhecido o direito adquirido tão somente em relação às quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda (desconsideradas as advindas em 2009 por incorporação) adquiridas pelo recorrente até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 1988, excluindo-se dessa isenção as quotas bonificadas, inclusive oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros (bem como as oriundas de incorporações de correção monetária do capital social, inclusive a especial, ou de subvenção para incentivos fiscais), adquiridas após 31/12/1983; ressaltando-se, ainda, que as cisões parciais operadas em 1993 e 2010 ensejaram a redução do capital social com cancelamento proporcional de quotas com e sem isenção.

Quando da liquidação do Acórdão resultante do presente voto, a quantificação do número de quotas alienadas em 2010 a gozar do direito à isenção deverá ser empreendida em face de todas as alterações contratuais da Organização Farmacêutica Drogão Ltda, com a observância dos critérios aqui decididos.

Considerando-se que apenas parte das quotas alienadas no ano-calendário de 2010 gozava da isenção do art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/1976, impõe-se a análise das demais alegações veiculadas nas razões recursais.

Ressalto que o raciocínio empreendido até aqui no presente voto toma por demarcação o voto vencedor do acórdão embargado. A partir desse instante, retomarei e desenvolverei a apreciação das demais alegações veiculadas nas razões recursais, apreciação que constara do meu voto vencido proferido em 03 de outubro de 2018, mas que não chegou a ser conhecida pelo colegiado e que em razão dos efeitos infringentes devem ser apreciadas.

Permuta de ativos e inoccorrência de ganho de capital. Segundo o recorrente, teria havido permuta com torna e o dinheiro recebido pela venda das quotas nunca teria estado livre e à disposição do vendedor, pois se obrigara a arcar com contingências ou indenizações imputáveis à Drogão e para tanto teria depositado o preço em fundo de investimentos e dele iria abatendo os valores para arcar com tais dívidas, havendo *escrow account*.

Foram pactuados três instrumentos contratuais. A compra e venda das ações está veiculada **no "Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Quotas e outras Avenças" (fls. 86/96)**. Não apenas o título, mas as premissas e cláusulas desse contrato deixam claro de que não se trata de uma permuta com torna, mas de uma compra e venda e com preço certo e a ser pago à vista, transcrevo:

*PREMISSAS*

*CONSIDERANDO QUE:*

(a) os Quotistas Drogão, em conjunto, detêm a totalidade do capital social da Drogão;

(b) a Drogaria deseja adquirir 2.858.180 (dois milhões, oitocentas e cinquenta e oito mil, cento e oitenta) quotas de emissão da Drogão, equivalentes a 25,30% (vinte e cinco inteiros e trinta centésimos por cento) do seu capital social total, diretamente dos Quotistas Drogão, e os Quotistas Drogão desejam vender à Drogaria referidas quotas; e

(c) as Partes celebrarão na presente data um (i) Instrumento Particular de Subscrição de Ações e Outras Avenças ("Contrato de Subscrição"), por meio do qual os Quotistas Drogão subscreverão 1.935.790 (um milhão, novecentas e trinta e cinco mil, setecentas e noventa) ações de emissão da Drogaria, mediante a conferência, pelos Quotistas Drogão para a Drogaria, de 8 438.974 (oito milhões, quatrocentas e trinta e oito mil, novecentas e setenta e quatro) quotas de emissão da Drogão representativas de 74,70% (setenta e quatro inteiros e setenta centésimos por cento) do total do capital social da Drogão, e (ii) Instrumento Particular de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças ("Contrato de Compra e Venda de Quotas Administradora"), por meio do qual a Drogaria adquiriu 20.000 (vinte mil) quotas de emissão da Drogão - Administradora de Cartões de Crédito. Comércio e Participações Ltda. de titularidade dos Quotistas;

*AS PARTES RESOLVEM celebrar o presente Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças, de acordo com os seguintes termos e condições: (...)*

## CLÁUSULA II

### COMPRA E VENDA

*2.1. Compra e Venda. Observados os termos e condições do presente Contrato de Compra e Venda, Paulo e Marcos, neste ato e pelo presente Contrato de Compra e Venda, **vendem à Drogaria e a Drogaria compra de Paulo e Marcos, respectivamente, 1.429.090 (um milhão, quatrocentos e vinte e nove mil e noventa) e 1.429.090 (um milhão, quatrocentos e vinte e nove mil e noventa) quotas de emissão da Drogão (em conjunto, "Quotas"), representativas de 25,30% (vinte e cinco inteiros e trinta centésimos por cento) do seu capital social. A transferência de tais Quotas à Drogaria dar-se-á na presente data mediante alteração do contrato social da Drogão, a ser assinada na presente data.***

*2.1.1. Preço. **O valor total pago pelas Quotas é de R\$24.500.000,00 (vinte e quatro milhões e quinhentos mil Reais) ("Preço das Quotas"), a ser pago no primeiro Dia Útil após a presente data, da seguinte forma: (i) R\$ 12.250.000,00 (doze milhões, duzentos e cinquenta mil Reais) para Paulo, e (ii) R\$12.250.000,00 (doze milhões, duzentos e cinquenta mil Reais) para Marcos.***

*2.1.2. Pagamento. **O Preço das Quotas deverá ser pago à vista, no primeiro Dia Útil após a presente data, pela Drogaria para Paulo e Marcos, nos termos da Cláusula 2.1.1 acima, mediante transferência de fundos imediatamente disponíveis por meio de transferência eletrônica (TED), para as contas correntes indicadas por Paulo e Marcos.***

(...) CLAUSULA IV

### VALIDADE E INDENIZAÇÃO

*4.1. Indenização pelos Quotistas Drogao. **Toda e qualquer indenização devida pelos Quotistas Drogão oriunda do presente Contrato deverá seguir o rito, processo e limites estabelecidos no Contrato de Subscrição, nos termos da Cláusula IV, conforme aplicável.***

Portanto, não se sustenta a alegação de que teria havido permuta de ações com torna em dinheiro. A leitura do "Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças" (fls. 108134) corrobora essa constatação, transcrevo:

#### PREMISSAS

#### CONSIDERANDO QUE:

*(a) (i) os Acionistas Codrome detêm, em conjunto, 81,0343% das ações que compõem o capital social da Codrome, e (ii) os*

*Quotistas Drogão detêm, em conjunto, a totalidade do capital social da Drogão;*

*(b) a Codrome detém 99,9951% das ações que compõem o capital social de Drogaria;*

*(c) as Partes decidiram unificar as operações da Drogão e da Drogaria ("Associação"), mediante uma operação que envolve, num primeiro instante, a subscrição de ações de Drogaria pelos Quotistas Drogão, a serem integralizadas mediante a conferência, de quotas do capital social da Drogão, e num segundo instante, a subscrição, pelos Quotistas Drogão, de ações do capital da Codrome, integralizadas mediante a conferência das ações de Drogaria que esses subscreveram, como acima referido; e*

*(d) as Partes entendem que a Associação resulta na redução de custos redundantes e ganhos de escala operacional que viabilizarão investimentos mais elevados e uma maior taxa de crescimento de forma sustentada, em linha com a estratégia de contínua expansão, dos negócios da Drogão e da Drogaria, resultando em maior eficiência e competitividade para fazer frente aos desafios do mercado nacional:*

*AS PARTES RESOLVEM celebrar o presente Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças, de acordo com os seguintes termos e condições: (...)*

#### **CLAUSULA IV**

##### **VALIDADE E INDENIZAÇÃO**

**4.1. Indenização pelos Quotistas Drogão. Os Quotistas Drogão, individualmente e sem solidariedade, deverão indenizar, defender ou manter a Drogaria, a Codrome, os Acionistas Codrome, e seus respectivos conselheiros, diretores, empregados, procuradores. Afiliadas, representantes e respectivos sucessores e cessionários (em conjunto. "Partes indenizáveis Codrome" e, individualmente, "Parte Indenizável Codrome") isentos de todas e quaisquer perdas, danos, obrigações, responsabilidades, contingências (consubstanciadas em processos judiciais ou administrativos ou em procedimentos de arbitragem), prejuízos, passivos, reclamações, ações, processos, demandas, investigações, fiscalizações, autuações, decisões (incluindo judiciais, administrativas ou arbitrais), cobranças, multas, juros, penalidades, custos e despesas' (incluindo, sem limitação, honorários de advogados, custas, depósitos judiciais e desembolsos) (em conjunto. "Passivos Indenizáveis". e, individualmente, "Passivo Indenizável") efetivamente incorridos pela Drogão ou por uma Parte Indenizável Codrome e decorrentes exclusivamente:**

*(i) de violação, inveracidade ou inexatidão de qualquer declaração ou garantia prestada pelos Quotistas Drogão nos termos da Cláusula III(B) acima;*

(ii) do não cumprimento, pela Drogão ou pelos Quotistas Drogão, de quaisquer de suas obrigações constantes do presente Contrato de Subscrição: ou

(iii) de fatos, atos, omissões ou negócios da Drogão relativos ao período anterior à presente data e cujo valor não esteja específica e integralmente provisionado nas demonstrações financeiras de Drogão." datadas de 31 de dezembro de 2009 e anexas ao presente Contrato de Subscrição como Anexo 4,1("Demonstrações financeiras Drogão).

**4-2- Garantia da indenização pelos Quotistas Drogão, Em garantia da obrigação assumida nos termos desta Cláusula, os Quotistas Drogão constituíram, nesta data, em favor dos Acionistas Codrome, da Codrome e da Drogaria, penhor sobre as Novas Ações da Codrome, nos termos do Contrato de Penhor ("Penhor"). Para tanto, os Quotistas Drogão autorizam, neste ato e pelo presente instrumento, o lançamento do registro do Penhor nos registros societários da Codrome e nos certificados de ações eventualmente emitidos,**

Constata-se, destarte, que houve uma efetiva compra e venda com preço certo e pago à vista e duas integralizações de ações; ações da Organização Farmacêutica Drogão Ltda (Drogão) integralizadas na Drogaria São Paulo SA (Drogaria) e, a seguir, as ações da Drogaria integralizadas na Companhia Comercial de Drogas e Medicamentos Codrome (Codrome). Além disso, assumiu-se obrigação de indenização, instituindo-se penhor das ações da Codrome em garantia. Não houve instituição de *escrow account*, cuja definição dada pelo Banco Central do Brasil transcrevo<sup>1</sup>:

*ESCROW ACCOUNT- conta especial instituída pelas partes junto a uma terceira entidade, sob contrato, destinada a acolher depósitos, a serem feitos pelo devedor e ali mantidos em custódia, para liberação após o cumprimento de requisitos especificados.*

Na documentação acostada aos autos, detectei referência a um contrato intitulado "Contrato de Depósito (Escrow Account) e Outras Avenças celebrado em 05 de julho de 2013 entre Drogaria São Paulo SA, DSP Administração de Bens Imóveis e Participações SA, Ronaldo José Neves de Carvalho, Tomaz Eduardo Neves de Carvalho, Inhambu II - Fundo de Investimentos e Participações e Banco Safra SA" apenas em notificação endereçada ao Banco Safra SA firmada em 10/03/2015 (fls. 502). Não localizei tal contrato nos autos e o próprio documento em questão atesta que tal contrato foi firmado em 05/07/2013. Ressalte-se que na data de 05 de julho de 2013 foi firmado o Termo de Liberação de Penhor (fls. 517).

Assim, os contratos firmados em 2010 não estabeleciam Contrato de Depósito (Escrow Account), tendo havido mera compra e venda e a alienação decorrente da aquisição de participação societária mediante entrega de quotas e paralelamente o estabelecimento do penhor de ações.

O dinheiro percebido pela venda das ações integrou o patrimônio jurídico do contribuinte, a caracterizar disponibilidade econômica ou jurídica (e também a financeira), e ao

<sup>1</sup> [http://www.bcb.gov.br/htms/infecon/dividarevisada/apends\\_gloss\\_bibliografia.pdf](http://www.bcb.gov.br/htms/infecon/dividarevisada/apends_gloss_bibliografia.pdf)

aplicá-lo em fundo de investimentos o autuado exerce prerrogativa inerente ao direito de propriedade, sendo irrelevante a forma de tributação dos rendimentos do fundo. A circunstância de o recorrente se valer do dinheiro aplicado para arcar com dívidas assumidas em "Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças" em nada afeta a anterior caracterização do ganho de capital. Pelo "Instrumento Particular de Contrato de Subscrição de Ações e Outras Avenças", a garantia recaiu sobre as ações, mediante penhor, e não sobre fundo de investimentos.

Por fim, como bem demonstrou o Acórdão recorrido, o montante de R\$ 4.189.757,96 destinado ao Banco Safra BSI S/A pela intermediação do negócio foi devidamente excluído.

Portanto, em face dos instrumentos contratuais, houve compra e venda, perfeita e acabada, e que em nada se confunde com a obrigação assumida de arcar com eventuais indenizações.

Incorporação de Quotas (Integralização de Quotas). O recorrente adquiriu a participação societária na Drogaria São Paulo SA (Drogaria) mediante entrega das quotas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda (Drogão) e, a seguir, na Companhia Comercial de Drogas e Medicamentos Codrome (Codrome) mediante entrega das ações da Drogaria. No caso, não estamos mais tratando de incorporação de sociedade, mas de incorporação de quotas/ações. Em outras palavras, houve transferência das quotas do patrimônio do recorrente para o patrimônio da pessoa jurídica emissora da ação, subsistindo as quotas na esfera patrimonial da pessoa jurídica.

A situação em questão representa uma transferência de domínio de um bem para outra pessoa, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas integrantes de seu patrimônio. Nesse sentido, dispõe a legislação:

*Lei 9.249, de 1995*

*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.*

As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital:

*Lei 7.713, de 1988*

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

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

*§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, 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.*

Note-se que o §3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, veicula rol exemplificativo, enumerando sem esgotar negócios jurídicos reconhecidamente distintos, como a compra e venda, permuta, desapropriação e os contratos afins.

A disponibilidade da nova riqueza em pecúnia não é requisito absoluto para a tributação do ganho de capital, bastando o acréscimo patrimonial advindo do ingresso de bem ou direito. Ao definir o fato gerador do imposto, o ordenamento não se reporta à disponibilidade financeira ou circulação de numerário (dinheiro em caixa - regime de caixa), mas à disponibilidade econômica ou jurídica (acréscimo patrimonial):

### ***Constituição***

*Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)*

*III - renda e proventos de qualquer natureza; (...)*

*§ 2º O imposto previsto no inciso III:*

*I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;*

### ***Código Tributário Nacional***

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

**Lei 7.713, de 1988**

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

*(...)§ 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.***

Por isso, não há que se falar em mera expectativa de renda a ser concretizada apenas quando da venda das ações, uma vez que as ações entregues em pagamento foram avaliadas economicamente, refletindo o seu valor a prática do mercado, ainda que sem referência bursátil, e representando o acréscimo patrimonial do contribuinte na perspectiva estática, ou seja, em relação a situação anterior à operação.

Note-se que o artigo 55 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, RIR, em seus incisos IV e XIII, traz exemplificativamente hipóteses de incidência em que não há recebimento de valores em dinheiro:

*Art. 55. São também tributáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 26, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 24, § 2º, inciso IV, e 70, § 3º, inciso I):*

*(...) IV - os rendimentos recebidos na forma de bens ou direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção;*

*(...) XIII - as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;*

Não há uma mera substituição de ações, com equivalência de valores entre bens substituídos e, no caso concreto, não há como se considerar haver uma simples troca entre bens de mesmo valor. Não se amoldam ao caso concreto o art. 121, § 2º, do RIR e nem os Pareceres PGFN nº 970/1991 e 454/1992. Independentemente da existência de torna, por força do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, há ganho de capital tributável sempre que existir uma diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor de bens permutados.

Há aquisição de disponibilidade econômica com o recebimento de um valor que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro.

A celebração do contrato de penhor pelo contribuinte revela que adquiriu a titularidade e a disponibilidade jurídica das ações, pois apenas o proprietário pode dar bens em

garantia e para tanto, além do domínio, deve ter a livre disposição da coisa (Lei nº 3.071, de 1916, art. 756; e Lei nº 10.406, de 2002, art. 1.420).

Note-se que o Contrato de Penhor de Ações estabelece expressamente como uma de suas premissas que "os Acionistas Garantidores são legítimos titulares das Ações Empenhadas" (fls. 509).

Assim, a instituição do penhor não implica concluir pela existência de mera expectativa de acréscimo patrimonial e, portanto, pela necessidade de diferimento da tributação para a data de encerramento do mesmo ou para o momento de alienação das participações societárias, quando só então seria possível mensurar, na visão do recorrente, o seu efetivo acréscimo patrimonial.

Houve entrega de ações para subscrição de novas ações, sendo estas penhoradas. Há aquisição de disponibilidade econômica com o recebimento de bem que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro.

Isso porque, a incidência da exação tributária é demarcada no momento em que as ações mais valiosas ingressam no patrimônio do contribuinte, de acordo com precificação determinada por laudos de avaliação específicos, não ficando a base de cálculo do ganho de capital submetida aos fatores naturais do mercado de ações que acarretam flutuações no preço do ativo.

Se, após a liberação do penhor (Termo de Liberação de Penhor datado de 05 de julho de 2013, fls. 517), o contribuinte integraliza as ações em fundo de investimento, novamente exercita seu domínio sobre as ações.

A jurisprudência e doutrina invocadas sobre a questão em tela não são vinculantes.

Portanto, subsiste o lançamento em relação às quotas que não gozam do direito à isenção do 4º, *d*, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, eis que não prosperam os demais argumentos do recorrente.

Isso posto, voto por acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, a dar provimento em parte ao recurso voluntário por se reconhecer que apenas parte das quotas alienadas/integralizadas no ano-calendário de 2010 gozam da isenção do 4º, *d*, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, uma vez que são isentas tão somente as quotas da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda (desconsideradas as advindas em 2009 por incorporação) adquiridas pelo recorrente até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 1988, excluindo-se dessa isenção as quotas bonificadas, inclusive oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros (bem como as oriundas de incorporações de correção monetária do capital social, inclusive a especial, ou de subvenção para incentivos fiscais), adquiridas após 31/12/1983; ressaltando-se, ainda, que as cisões parciais operadas em 1993 e 2010 ensejaram a redução do capital social com cancelamento proporcional de quotas com e sem isenção.

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

## Declaração de Voto

Conselheiro, Rayd Santana Ferreira

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões do ilustre Conselheiro Relator, peço vênia para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pelo nobre julgador, quanto às "bonificações" e incorporação de ações, capaz de ensejar a manutenção do Acórdão Recorrido, como passaremos a demonstrar.

### **DAS AÇÕES BONIFICADAS E DAS "RESERVAS"**

O Ilustre Relator considerou que às ações bonificadas estão fora do alcance da isenção prevista pelo Decreto-Lei nº 1.510/76.

Contudo, não compartilho do mesmo entendimento. S.m.j., assim como as ações ou quotas distribuídas em bonificação aos sócios em virtude da integralização de lucros ou reservas destes, a valorização das ações decorrente dos aumentos do valor do capital ocorridos mediante as referidas capitalizações não correspondem a novas aquisições de ações.

O aumento decorrente da capitalização de lucros ou reservas não acresce a participação societária percentual na empresa. Ou seja, o percentual de participação do recorrente na sociedade não se alterou. Isso porque trata-se de mero ato contábil, e não negocial. Ou seja, as capitalizações não exerceram qualquer influência sobre a situação patrimonial do contribuinte.

Quando o capital social é aumentado pela capitalização de reservas de lucros, há apenas um mero remanejamento de valores já existentes no balanço. Neste caso, não há que se falar em incremento do patrimônio líquido, apenas movimentação de valores entre contas que fazem parte do PL (reservas e/ou lucros acumulados para o capital social). Sendo assim, o valor da empresa não se altera, pois não há entrada de novos recursos decorrentes da subscrição em dinheiro, bens ou direitos (aumento oneroso).

Neste sentido, entendo que o aumento de capital das pessoas jurídicas por aproveitamento de reservas e/ou lucros não distribuídos não se revestem de aquisição de nova participação societária.

Conforme versa a doutrina (Modesto Carvalhosa, "Comentários a Lei das Sociedades Anônimas", 3º Volume, Editora Saraiva, pág. 601:):

*O aumento mediante a capitalização de lucros ou reservas constitui mero remanejamento de valores já existentes no balanço, não havendo, conseqüentemente, mudança no volume financeiro, nem entrada de novos valores no patrimônio social, nem aumento do encargo dos acionistas (art. 106 e s.). Trata-se de aumento contábil, nominal ou gratuito, em contraposição ao aumento efetivo, real ou oneroso, que decorre da subscrição em dinheiro, bens ou*

*direitos (art. 170). Trata-se de mera transferência, parcial ou total, do montante da conta de reserva para a conta de capital. O aumento é contábil, porque a elevação do valor do capital é produzida sem mudança efetiva na consistência do patrimônio. Difere também do aumento por subscrição (art. 170), já que, somente após a homologação deste, é que o valor acrescido passa a pertencer ao patrimônio social.*

Neste sentido, entendo que o aumento do valor do capital social, assim como as ações dadas em bonificação, em razão da incorporação de lucros ou reservas destes não devem ser considerados como aquisição de novas participações societárias. Portanto, não há sentido em diferenciar estas majorações da participação societária adquirida pelo contribuinte, eis que esta última não se altera mesmo com as capitalizações apontadas pela autoridade fiscal.

Conforme entendo, nem mesmo as bonificações ensejariam tal distinção entre as ações originárias, na medida que “*as ações bonificadas representam mera expansão das antigas, tendo a natureza de acessões*” (José Edwaldo Tavares Borba, Direito Societário, Editora Renovar, 9ª edição, págs. 422/423); elas se incorporam e acompanham um bem principal, que é justamente a participação societária que originou tal bonificação.

Assim, os aumentos decorrentes das capitalizações estão atrelados às respectivas participações societárias a que corresponderem, não havendo que cogitar, em razão da capitalização, a possibilidade de atribuir novas datas de aquisição de participação na sociedade. Isto porque a participação societária não se altera. Portanto, os aumentos provocados pela capitalização de lucros e/ou reservas não causam mudança no volume financeiro, nem representam entrada de novos valores no patrimônio social, não havendo que se falar em aquisição de novas participações societárias.

**No que concerne a capitalização procedida com os recursos advindos da Reserva de Incentivos Fiscais**, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, cumpre trazer à baila os dispositivos legais que regulamentam a matéria, que assim prescrevem:

A Lei n. 7.713/88, em seu art. 16, define o que será considerado como custo de aquisição dos bens e direitos para fins de apuração do ganho de capital:

*Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:*

*I o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão; II o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro; III o valor da avaliação do inventário ou arrolamento; IV o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante; V seu valor corrente, na data da aquisição.*

*§ 1º O valor da contribuição de melhoria integra o custo do imóvel.*

*§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.*

**§ 3º No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.**

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo. (g.n)

A seu turno, o Decreto 3.000/1999, que trata do Imposto de Renda, assim dispõe:

*Art.135.No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.*

O art. 169 da Lei 6.404/76 versa o seguinte:

*Art. 169. O aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas importará alteração do valor nominal das ações ou distribuições das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuem.*

§ 1º Na companhia com ações sem valor nominal, a capitalização de lucros ou de reservas poderá ser efetivada sem modificação do número de ações.

§ 2º Às ações distribuídas de acordo com este artigo se estenderão, salvo cláusula em contrário dos instrumentos que os tenham constituído, o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas.

§ 3º As ações que não puderem ser atribuídas por inteiro a cada acionista serão vendidas em bolsa, dividindose o produto da venda, proporcionalmente, pelos titulares das frações; antes da venda, a companhia fixará prazo não inferior a 30 (trinta) dias, durante o qual os acionistas poderão transferir as frações de ação.

É oportuno repisar que somente o aumento de capital mediante a incorporação de lucros ou de reservas constituídas com esses lucros possibilita o aumento do custo de aquisição da participação societária, em valor equivalente à parcela capitalizada dos lucros ou das reservas que corresponder à participação do sócio ou acionista na investida, em conformidade com o disposto no art. 16, § 3º. da Lei n. 7.713/88; no art. 10 da Lei n. 9.249/95 e no art. 135 do Decreto-Lei n. 3.000/99 (RIR/99). Da mesma forma, deve-se aplicar tal entendimento no que diz respeito a isenção.

Assim, rejeita-se, que as ações bonificadas através da capitalização da Reserva de Incentivos Fiscais devam, necessariamente, estarem abarcadas pela isenção de que trata o Decreto-Lei nº 1.510/76.

No caso dos autos, é fato incontroverso de que a parcela de participação societária do recorrente objeto do presente processo foi integralmente adquirido até 31/12/1983. Portanto, tendo em vista o reconhecimento do direito adquirido do contribuinte à isenção prevista no art. 4º, “d”, do Decreto-Lei nº 1.510/76 (pelo fato de ter cumprido os requisitos ainda enquanto vigorava o referido diploma legal) em relação à participação societária correspondente quotas da empresa, entendo que tal benefício fiscal também deve se estender à valorização da mencionada participação societária mediante a capitalização de lucros e/ou reservas destes, apenas.

### **DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES**

Dirirjo da i. relator quanto a existência do ganho de capital passível de tributação na operação de incorporação de ações detalhadamente descrita no voto acima.

Trata-se de discussão bastante conhecida neste Conselho e com jurisprudência e doutrina na defesa de ambas as teses.

Como destacado nos debates deste julgamento, a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em 03/03/2015, julgou caso muito semelhante ao presente e entendeu pela não incidência do IRPF na operação, proferindo o Acórdão nº. 9202-003.579, cuja ementa restou assim redigida:

#### *IRPF OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.*

*A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.*

*Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.*

*Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.*

*Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de*

*imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado.*

Na ocasião, o i. relator designado para redigir o voto vencedor, Manoel Coelho Arruda Junior, de maneira brilhante e minuciosa abrangeu o tema por diversas perspectivas, todavia, uma delas em especial me chama a atenção, razão pela qual apresento esta declaração de voto, por entender que a matéria, quando discutida, está passando ao largo de crucial fundamento.

Destaco alguns trechos do mencionado acórdão:

*Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária.*

***Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda–acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial.***

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

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

[...]

*A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade –econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva*

*disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste capacidade econômica para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo.*

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

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

*Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.*

*Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens.*

Como se vê, no trecho acima temos as razões do redator do voto vencedor sob o prisma constitucional, ou seja, a análise da incidência ou não do ganho de capital da pessoa física sob o prisma dos conceitos constitucionais de renda que autorizam a tributação. Não se trata de declarar inconstitucional os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, mas sim de analisar a operação concreta (incorporações de ações) e os seus resultados de acordo com a previsão constitucional e decidir pela incidência ou não da tributação.

Neste ponto, fazendo jus ao brilhantismo das razões dispostas no Acórdão nº. 9202-003.579 e sendo desnecessário ser repetitivo quanto àquelas, destaco a importância desta discussão tão corrente neste Conselho passar a considerar, mais concretamente, a redação do art. 153, III, da Constituição Federal, além dos mencionados direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Analisando a questão também sob esse prisma constitucional, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 505279342.2011.4.04.7000, em acórdão proferido em 01/09/2015, também entendeu pela não incidência do IRPF em operação idêntica a do presente caso, utilizando-se, inclusive, do acórdão nº. 9202003.579 da 2ª Turma da CSRF acima mencionado. Na ocasião, o Des. Otávio Roberto Pamplona, que redigiu o voto vencedor, assim ponderou:

*Pondero, ademais, que, mesmo que se considerasse a incorporação de ações como ato de alienação, não estaria a situação dos autos enquadrada no âmbito da regra matriz de incidência do IRPF. Pela simples e óbvia razão de que nem toda alienação implica em ganho de capital. Em outras palavras, a realização de uma alienação, por si só, não gera ganho de capital, cujo exemplo típico é a permuta sem torna, ainda que não coincidentes os valores dos bens permutados.*

*Não se aplica, portanto, 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, assim expressa:*

*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.*

*Isso porque, como exhaustivamente posto na fundamentação, a incorporação de ações para a criação da subsidiária integral não se confunde com a integralização de capital. Ademais, o artigo 23, acima transcrito, prevê uma faculdade à pessoa física para optar em fazer ou não a reavaliação mercadológica das ações e, caso queira, altere os valores na sua declaração enquanto pessoa física. Já, na hipótese de criação de subsidiária integral, o caso é de avaliação obrigatória, por força da Lei das Sociedades Anônimas, o que justifica o mesmo tratamento dado à permuta sem torna, visto que, conquanto diversos os valores de aquisição e os valores de mercado, não há, aqui também, recebimento de valores, isto é, de renda tributável. [...]*

*Na verdade, admitir-se a tributação como consta do ato fiscal implicaria em tributação sobre o patrimônio e não tributação sobre a renda.*

*Mutatis mutandis, em um exemplo simples, seria o mesmo que o legislador determinasse que fossem lançado, nas declarações de ajuste dos contribuintes pessoas físicas, os valores de seus bens imóveis de acordo com o valor do mercado no final do exercício declarado (desde 31 de dezembro 1995 congelados, portanto, sem correção dos valores; que a posterior legislação que introduziu tardiamente a redução do ganho de capital não solveu bem a distorção Lei nº 11.196/2005.), e, ao mesmo tempo, determinasse, em razão da mais valia, que fosse ela tributada como renda, a título de ganho de capital. Ou seja, tributação sobre o patrimônio e não sobre a renda. [...]*

*A tudo, ainda, pode-se acrescentar que a tributação ofenderia o princípio da capacidade contributiva, visto que, como bem posto por Ricardo Mariz de Oliveira, '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 dos respectivo fato gerador, contido no art. 43 do CTN, no sentido de que ele corresponde à aquisição da disponibilização econômica ou jurídica de renda, ou seja, de renda realizada', sendo certo, ainda segundo o aludido autor, que '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 do ato, mas que somente seria tributável quando alienado, e agora quando vier ser alienado o bem recebido na troca' (op. cit., p. 202 e 203, respectivamente, vide também, p. 106).*

*Por fim, ofenderia a regra geral de tributação da pessoa física pelo regime de caixa, a qual, só como exceção, é afastada, como, por exemplo, na hipótese do art. 23 da Lei nº 9.249/95, a qual só pode incidir por opção do próprio contribuinte, conforme regra inserta no § 2º do referido artigo, e não por imposição legal ou por discricção da administração tributária.*

Assim, com base nas razões expostas, dando o devido destaque para os acórdãos proferidos pela 2ª Turma da CSRF deste Conselho (9202-003.579) e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 505279342.2011.4.04.7000/ PR), que com brilhantismo tratam exaustivamente da questão de mérito aqui discutida e analisaram a incidência ou não do IRPF sob o prisma da autorização constitucional para sua exigência, entendo que não há que se admitir a existência de ganho de capital passível de tributação na operação de incorporação de ações levada a efeito pelo contribuinte.

Por todo o exposto, estando o Acórdão guerreado em consonância parcial com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE ACOLHER EM PARTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, pelas razões de fato e de direito acima ofertadas.

É como voto.

(assinado digitalmente)  
Rayd Santana Ferreira