



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10437.720962/2015-05
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-009.948 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 24 de setembro de 2021
Recorrente MARCOS EDUARDO DO AMARAL GUIMARAES
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Incabível o exame de provas, em caráter originário, pela Instância Especial, ao argumento de que teria havido inovação por parte do acórdão recorrido, sem a demonstração de divergência jurisprudencial sobre a questão da suposta inovação, e ausente a oposição de Embargos com o fito de esclarecer eventual obscuridade por parte do julgado guerreado.

IRPF. ISENÇÃO. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI 1.510/76. ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12/2018. EFEITO VINCULANTE. ART. 62, §1º, II, 'C' DO RICARF. AÇÕES BONIFICADAS.

O contribuinte detentor de quotas sociais há cinco anos ou mais antes da entrada em vigor da Lei 7.713/88 possui direito adquirido à isenção do imposto de renda, quando da alienação de sua participação societária.

O direito à isenção se estende às ações bonificadas desde que, cumulativamente, tenham sido emitidas até 31/12/1988 e que as ações originárias também cumpram os requisitos para aplicação do Decreto-lei nº 1.510/76.

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. REGIME DE CAIXA.

A operação de incorporação de ações pode representar um ganho patrimonial ao contribuinte, entretanto, observadas as normas que regem a matéria o fato gerador do IRPF somente será apurado a partir do momento em que ocorrer a disponibilidade financeira do rendimento, sob pena de se tributar mera presunção de ganho, violando o princípio da capacidade contributiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de acolhimento dos documentos apresentados pelo Contribuinte, vencidos os conselheiros Rita Eliza Reis da Costa

Bacchieri (relatora), Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e João Victor Ribeiro Aldinucci, que acolheram a preliminar. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Maria Helena Cotta Cardozo. Acordam também, no mérito: I) por determinação do art. 19-E, da Lei n.º 10.522, de 2002, acrescido pelo art. 28, da Lei n.º 13.988, de 2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso para reconhecer que estão abrangidas pela isenção as ações bonificadas emitidas até 31/12/1988, relativamente às participações societárias adquiridas até 31/12/1983; e para aplicar o regime de caixa à incorporação de ações, vencidos os conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Maurício Nogueira Righetti e Maria Helena Cotta Cardozo, que lhe negaram provimento nestas duas matérias; e II) por maioria de votos, em negar provimento relativamente às ações bonificadas emitidas a partir de 1º/01/1989, vencidos os conselheiros Ana Paula Fernandes, Joao Victor Ribeiro Aldinucci e Martin da Silva Gesto, que lhe deram provimento. O conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso não votou nesse julgamento, por se tratar de questões já votadas pela conselheira Ana Paula Fernandes na reunião do mês de fevereiro de 2020. O conselheiro Martin da Silva Gesto (suplente convocado) não votou nesse julgamento em relação ao conhecimento e à preliminar de acolhimento de novos documentos, por se tratar de questões já votadas pela conselheira Ana Cecilia Lustosa da Cruz na reunião do mês de fevereiro de 2020.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício e Redatora Designada

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Paula Fernandes, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Martin da Silva Gesto (suplente convocado), Maurício Nogueira Righetti, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente). Ausente a conselheira Ana Cecilia Lustosa da Cruz, substituída pelo conselheiro Martin da Silva Gesto.

Relatório

Trata-se de lançamento por meio do qual foram apuradas irregularidades no imposto de renda recolhido pelo contribuinte no exercício de 2011. Entre as exigências, temos o imposto incidente sobre o ganho de capital supostamente apurado pelo Contribuinte em razão da realização de incorporações de ações.

O relatório fiscal esclarece que após análise de toda documentação apresentada constatou-se que houve ganho de capital apurado pelo Contribuinte que alienou em 21/06/2010 a totalidade dos 50% das quotas que detinha na Organização Farmacêutica Drogão Ltda., para a empresa Drogaria São Paulo S/A. O pagamento da alienação se deu por meio do recebimento de

parte do valor acordado em dinheiro - decorrentes da venda de 1.935.790 ações da Organização Farmacêutica Drogão Ltda., e outra parte por meio da subscrição de 967.895 ações da Drogaria São Paulo S/A, mediante a conferência de 4.219.487 quotas da empresa Organização Farmacêutica Drogão Ltda.

Após o trâmite processual e interposição de embargos de declaração contra o acórdão 2401-005.810 – julgado com efeitos infringentes-, entendeu a 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária pelo provimento parcial do recurso voluntário. Para o Colegiado, *apenas parte das quotas alienadas/integralizadas no ano-calendário de 2010 gozam da isenção do art.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*. Assim, em relação à parte não isenta, entendeu a decisão recorrida pela incidência do IRPF na incorporação de ações, caracterizando o fato do imposto no momento da transferência das participações societárias para o capital social da nova sociedade.

O acórdão de embargos 2401-005.925 recebeu a seguinte ementa:

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 Nº 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 nº 1.510, de 1976, como assevera a parte final do Ato Declaratório PGFN nº 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.

Contra o acórdão 2401-005.925 o Contribuinte apresentou Recurso Especial o qual foi integralmente admitido. Com base nos acórdãos paradigmas nº 2201-004.543 e 9202-003.579, devolve-se a este Colegiado, respectivamente, a discussão sobre as seguintes matérias:

- 1) Aplicação da isenção às ações bonificadas emitidas após 31/12/1983, por serem estas extensões das ações originárias; e
- 2) Regime de Caixa: o ganho de capital da pessoa física somente se realiza no momento em que ocorre o recebimento dos valores decorrentes do incremento no valor do bem, haja vista a regra da tributação se dar pelo regime de caixa.

Na oportunidade o contribuinte junta aos autos contratos particulares (fls. 1.056/1.151) que comprovam que as operações de cisão e incorporações de empresas terceiras pela Organização Farmacêutica Drogão Ltda. - ocorridas após a revogação do Decreto n.º 1.510/76 - não desnaturaria a isenção, pois o patrimônio desta última pessoa jurídica teria permanecido o mesmo, ou seja, não houve qualquer alteração no valor da participação societária.

Contrarrazões da Fazenda Nacional pugnando pela manutenção do julgado por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri – Relatora

O recurso preenche os pressupostos legais, razão pela qual, ratificando o despacho de admissibilidade, dele conheço.

Da Preliminar de Conhecimento dos Documentos:

Antes de entrarmos no mérito, relevante destacar ter sido apresentado junto ao a peça recursal documentos que no entendimento do contribuinte seriam suficientes para demonstrar a ausência de ganho de capital, demonstrar que os operações de cisão e, especialmente de incorporação, não agregaram valor ao patrimônio do Contribuinte pois os valores das ações seriam equivalentes.

Destaca o Recorrente:

37- Já no que concerne às mencionadas incorporações de três empresas ("Irmãos Guimarães Ltda.", "Drogaria o Drogão Ltda." e "Administração, Representação e Comércio Guimarães Ltda."), não houve por meio delas nenhum acréscimo patrimonial ou aumento no custo de aquisição das cotas permutadas da Organização Farmacêutica Drogão Ltda.

38 - Assim sendo, o acervo patrimonial oriundo de tais incorporações não pode ser rotulado como novo investimento, até porque não teve o condão de gerar ações novas, nem agregar valor ao custo de aquisição das cotas sociais permutadas pelo Recorrente, razão pela qual à totalidade do ganho de capital auferido na operação deve se aplicar a isenção do Decreto-Lei n.º 1.510/76.

39 - A esse respeito, o Recorrente pede vênia para juntar aos autos cópia do contrato social original da Organização Farmacêutica Drogão Ltda., respectivas alterações posteriores, protocolos de cisão de empresas, alterações do contrato social em que foram incorporadas reservas de lucro, correção monetária etc. e documento em que foi formalizada a permuta de ações com a Drogaria São Paulo S/A.

40 - Em todos esses documentos, fica claro que a participação percentual do Recorrente e de seu irmão, DESDE SEMPRE, foi a mesma (50% para cada um), não tendo havido acréscimo de custo de aquisição das cotas permutadas, decorrentes de investimentos adicionais, até porque, conforme bem destacou o v. acórdão recorrido nas suas razões de

decidir, as empresas incorporadas eram todas familiares, isto é, pertencentes ao Recorrente e ao seu irmão.

41 - O Recorrente esclarece que, embora não seja típico do recurso especial trazer à Doute Câmara Superior novos documentos e provas, não teve ele outra opção senão fazê-lo agora, na primeira oportunidade processual possível após tomar conhecimento da matéria, **uma vez que ela, até então, nunca foi debatida nesses autos, tendo sido suscitada APENAS pelo v. acórdão recorrido.**

42 - O Recorrente não vê prejuízo nessa iniciativa, até porque **as novas provas colacionadas servem apenas para esclarecer ponto sobre o qual já se instaurou dissídio pretoriano,** não se revelando, pois, produção de prova pura e simples para demonstrar fato diverso, mas apenas servindo de reforço para uma discussão de direito dentro do âmbito do recurso especial.

43 - **Como a nova questão suscitada nos aclaratórios, na ótica do v. acórdão recorrido, se revelou prejudicial ao reconhecimento integral do direito de isenção almejado pelo Recorrente, deve ela, com apoio no princípio da busca da verdade material, ser precisamente esclarecida; uma, para demonstrar o direito do Recorrente e corroborar o dissídio e; duas, para a boa formação do convencimento dos Doutos Conselheiros.**

De fato os documento ora apreciados foram juntados para contrapor argumento utilizado pelo acórdão de embargos nº 2401-005.925, e o qual nunca havia sido suscitado em outra instância. Analisando a fundamentação adotada pela Turma *a quo* é possível perceber que eventualmente, caso os documentos certos fossem apresentados, a decisão seria outra:

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.

...

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.**

Neste sentido, entendo ser aplicado ao caso a exceção do art. 16, §4º, alínea 'c' do Decreto nº 70.235/72, pois as provas ora apresentadas destinam-se a “contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos”.

Pelo exposto acolho a juntada dos documentos.

Do mérito:

Vencida quanto a preliminar, passo ao mérito.

Duas são as matérias devolvidas para discussão deste Colegiado: extensão da isenção do Decreto-lei nº 1.510/76 às ações bonificadas emitidas após 1983 e aplicação do regime de caixa para fins de apuração do ganho de capital nas operações de incorporação de ações.

Quanto ao primeiro tema – isenção das ações bonificadas - a discussão dos autos resume-se em decidir se a revogação da alínea 'd' do art. 4º do citado Decreto Lei, promovida pelo art. 58 da Lei 7.713/88, pode ser imposta a contribuinte que cumpriu a condição exigida pela norma: alienação da participação societária após decorrido prazo mínimo de cinco anos da respectiva aquisição. Estaríamos diante de norma de isenção cujas características permitiria a aplicação da exceção prevista no art. 178 do CTN?

Vejamos como era a redação do extinto artigo:

Art 4º Não incidirá o imposto de que trata o artigo 1º:

- a) nas negociações, realizadas em Bolsa de Valores, com ações de sociedades anônimas;
- b) nas doações feitas a ascendentes ou descendentes e nas transferências "mortis causa";
- c) nas alienações em virtude de desapropriação por órgãos públicos;
- d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação. (grifos nossos).

Destaco que em outras oportunidades me manifestei de forma contrária à aplicação do Decreto-lei nº 1.510/76, meu entendimento era de que a isenção em questão não seria espécie de isenção condicionada com prazo certo. Esclareci que até reconhecia a existência

de uma condição (manter-se na propriedade das quotas pelo período mínimo de cinco anos), entretanto, não vislumbrava tratar-se de isenção por prazo determinado o que afastaria a tese da ultratividade do art. 178 do CTN.

Ocorre que tivemos uma consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendimento totalmente absorvido pela Procuradoria da Fazenda Nacional que, com base na Portaria PGFN n.º 502/2016, fez constar no item 1.22 do rol da lista dos "Temas com dispensa de contestar e/ou recorrer" a alínea 'u' que expressamente reconhece o direito adquirido à isenção prevista no Decreto-lei n.º 1.510/76:

1.22 - Imposto de Renda (IR)

u) Alienação de participação societária - Decreto-lei 1.510/76 - Isenção - Direito adquirido

Precedentes: REsp 1.133.032/PR, AgRg no REsp 1164768/RS, AgRg no REsp 1141828/RS e AgRg no REsp 1231645/RS.

Resumo: A Primeira Seção do STJ fixou entendimento no sentido de que o contribuinte detentor de quotas sociais há cinco anos ou mais antes da entrada em vigor da Lei 7.713/88 possui direito adquirido à isenção do imposto de renda, quando da alienação de sua participação societária.

OBSERVAÇÃO 1: O entendimento acima explicitado não se aplica às ações bonificadas adquiridas após 31.12.1983, ante à impossibilidade lógica de implementação do lapso temporal de 05 (cinco) anos sem alienação até a revogação da isenção prevista no Decreto-Lei n.º 1.510/76, indispensável à formação do direito, tratando-se, nesse passo, de mera expectativa de direito, com relação à qual se aplica a norma do art. 178 do CTN e não a garantia constitucional do direito adquirido. Ainda que as bonificações decorram das ações originais, não é correto afirmar que delas fazem parte, não passando de meras atualizações ou modificações integrativas das ações antigas. Na verdade, elas representam efetivo acréscimo patrimonial, não se comunicando a isenção tributária relativa ao imposto de renda quando da alienação, caso a aquisição tenha ocorrido após 31.12.1983. Precedente: ApelREEX 2007.71.03.002523-0, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, D.E. 12/01/2011, TRF da 4ª Região.

OBSERVAÇÃO 2: A isenção é condicionada a certos requisitos, cuja observância é imprescindível: (i) presença da documentação comprobatória de titularidade das ações – aqui merece especial atenção o fato de que podem haver operações societárias que tenham repercussão no período de cinco anos necessário para a aquisição do direito, como, por exemplo, a cisão de determinada sociedade em que as ações antigas foram utilizadas para integralização do patrimônio da sociedade nova, com a conseqüente extinção das ações antigas; (ii) aquisição comprovada das ações até o dia 31/12/1983; (iii) alcance do prazo de 5 anos na titularidade das ações ainda na vigência do DL 1.510/76, portanto, antes da revogação pela Lei 7.713/88.

Em 27 de junho de 2018, foi publicado o **Ato Declaratório PGFN n.º 12/2018** comunicando a aprovação do Parecer SEI n.º 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda. Referido ato declaratório possui o seguinte teor:

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida nos termos do inciso II do art. 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do PARECER SEI N.º 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda,

conforme despacho publicado no DOU de 22 de junho de 2018, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes:

“nas ações judiciais que fixam o entendimento de que há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias 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 22 de dezembro de 1988, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros).”

JURISPRUDÊNCIA: REsp 1.133.032/PR, AgRg no REsp 1.164.768/RS, AgRg no REsp 1.231.645/RS, REsp 1.659.265/RJ, REsp 1.632.483/SP, AgRg no AgRg no AREsp 732.773/RS, REsp 1.241.131/RJ, EDcl no AgRg no REsp 1.146.142/RS e AgRg no REsp 1.243.855/PR.

Destaco que referido ato declaratório é fato de grande importância para desfecho da lide na medida em que nestas circunstâncias trata-se de entendimento que deve ser adotado pelos integrantes deste Colegiado por força do art. 62, §1º, II, 'c' da Portaria MF nº 343/15, que aprovou o Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Após a aprovação do mencionado ato normativo a controvérsia permanece em ralação à sua parte final: “não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros).” O que precisamos enfrentar é se tais ações podem ser consideradas como meras extensões das ações originárias, invalidando a citada restrição.

E neste ponto, tenho o entendimento que, embora as ações bonificadas possam estar relacionadas com as ações originalmente detidas pelo acionista, segundo os arts. 169 e 297, inciso II da Lei nº 6.404/76, elas são novas ações emitidas com a função de aumentar o capital social da sociedade. A dependência dessas com aquelas está vinculada exclusivamente à forma de apuração da proporção de distribuição dos novos ganhos aos acionistas.

Capitalização de Lucros e Reservas

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 possuírem.

§ 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, dividindo-se 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.

(...)

Art. 297. As companhias existentes que tiverem ações preferenciais com prioridade na distribuição de dividendo fixo ou mínimo ficarão dispensadas do disposto no artigo 167 e seu § 1º, desde que no prazo de que trata o artigo 296 regulem no estatuto a participação das ações preferenciais na correção anual do capital social, com observância das seguintes normas:

I - o aumento de capital poderá ficar na dependência de deliberação da assembleia-geral, mas será obrigatório quando o saldo da conta de que trata o § 3º do artigo 182 ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do capital social;

II - a capitalização da reserva poderá ser procedida mediante aumento do valor nominal das ações ou emissões de novas ações bonificadas, cabendo à assembleia-geral escolher, em cada aumento de capital, o modo a ser adotado;

III - em qualquer caso, será observado o disposto no § 4º do artigo 17;

IV - as condições estatutárias de participação serão transcritas nos certificados das ações da companhia.

Assim, ainda que no conjunto das ações originais com as ações bonificadas - para o acionista não tenha havido uma alteração do valor total do seu patrimônio, na prática o que temos é a compra de ações bonificadas por ele pelo valor atribuído pela sociedade segundo as normas societárias, situação em que o 'pagamento' é feito com parte da reserva dos lucros que poderia - se fosse o caso - ter sido distribuída em dinheiro.

Em que pese a discussão acima, é importante destacar que hoje já temos decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, o qual interpretando e aplicando a jurisprudência pacífica sobre o tema da isenção do Decreto-lei nº 1.510/91, firmou o entendimento de que para as ações bonificadas o que deve ser levado em consideração é a redação do artigo 5º do Decreto: “as bonificações são adquiridas, a custo zero, às datas de subscrição ou aquisição das participações a que corresponderem”.

Nos precedentes REsp 1.443.516/RS, AgInt nos EDcl no REsp 1.449.496/RS e REsp nº 1.690.802/SP, todos adotando como fundamento voto-vista da Ministra Assusete Magalhães, temos a exata explicação deste ponto: somente às ações bonificadas emitidas até o final da vigência do Decreto-lei nº 1.510/76 - até 31/12/1988 - pode ser aplicada a regra do artigo 5º, o qual define que essas devem ser consideradas como emitidas na mesma data da ação originária correspondente. Assim, somente às ações bonificadas emitidas até 31/12/1988 e cujas ações originárias ficaram a mais de cinco anos na titularidade do contribuinte - observado para essas últimas então o limite de 31/12/1983 - estão abrangidas pela isenção do imposto sobre o ganho apurado na alienação.

Vale transcrever os esclarecimentos da Ministra Assusete Magalhães no precedente citado - REsp nº 1.690.802/SP:

Ocorre que a controvérsia em debate neste processo - tal como ocorreu nos dois precedentes da Segunda Turma, já mencionados - exige um maior aprofundamento no tema, uma vez que o impetrante deseja ser beneficiado pela isenção do imposto de renda, prevista no Decreto-lei 1.510/76, não apenas em relação à venda, em 31/05/2010, de participações societárias originárias, mas, também, das denominadas ações bonificadas, delas decorrentes, qualquer que seja a data de emissão das ações bonificadas, ainda que autorizada por assembleia geral da sociedade posterior a 01/01/89, data da revogação da isenção prevista no art. 4º, d, do Decreto-lei 1.510/76. A

tese foi acolhida pelo acórdão recorrido, que entendeu que guardam as ações bonificadas as mesmas características e benefícios das ações originárias.

As bonificações, ou ações bonificadas, em termos simplificados, são ações recebidas pelos acionistas quando há aumento do capital da sociedade, normalmente pela utilização de lucros ou reservas. Ou seja, os titulares de participações societárias de uma sociedade que decide capitalizar lucros ou reservas serão os destinatários de novas ações emitidas, tendo em vista o aumento do capital social. Essas novas ações são as bonificações, ou ações bonificadas, devendo ser distribuídas entre os acionistas de forma proporcional à sua participação na sociedade, sendo, assim, derivadas das ações originárias.

....

Feita essa pequena explanação, chega-se ao cerne da pretensão deduzida no Recurso Especial, que pode ser reduzida ao seguinte questionamento: o lucro obtido com a alienação de ações bonificadas pode ser objeto da isenção de Imposto de Renda prevista no Decreto-lei 1.510/76, ainda que a venda em 04/03/2011, ocorra após a revogação deste dispositivo normativo?

A resposta a essa questão – que foi dada em dois precedentes desta Segunda Turma, no REsp 1.443.516/RS (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 07/10/2016) e no AgInt nos EDcl no REsp 1.449.496/RS (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 16/06/2017) –, exige, por certo, a leitura do art. 5º do Decreto-lei 1.510/76:

"Art. 5º Para os efeitos da tributação prevista no artigo 1º deste Decreto-lei, presume-se que as alienações se referem às participações subscritas ou adquiridas mais recentemente e que as bonificações são adquiridas, a custo zero, às datas de subscrição ou aquisição das participações a que corresponderem. (Revogado pela Lei nº 7.713, de 1988)".

Segundo o dispositivo acima, as ações bonificadas são consideradas adquiridas na data da “subscrição ou aquisição das participações a que corresponderem”, ou seja, de suas ações originárias.

...

Não estando mais em vigor o dispositivo legal que determinava que a ação bonificada seria considerada adquirida na mesma data de compra ou subscrição da ação originária, em respeito ao princípio do direito adquirido e da própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, duas situações devem ser diferenciadas, para fins de solução da controvérsia, como entendeu esta Segunda Turma, nos dois precedentes já mencionados.

A primeira situação é a das ações bonificadas emitidas quando ainda em vigor o Decreto-lei 1.510/76. Para tais ações bonificadas, deve ser aplicado o entendimento anteriormente destacado, no sentido de que, se o alienante foi proprietário das quotas originárias por cinco anos, antes da revogação do Decreto-lei 1.510/76, o lucro advindo da venda estará isento, ainda que a alienação ocorra após a entrada em vigor da Lei 7.713/88. Tal posicionamento harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte sobre a matéria, sendo respeitado o direito daquele que preencheu os requisitos para usufruir da isenção legal, em relação à venda de participações societárias que integraram seu patrimônio, por cinco anos, enquanto vigente o Decreto-lei 1.510/76.

A segunda situação é a das ações bonificadas emitidas após a revogação, em 01/01/89, do Decreto-lei 1.510/76. Tais ações, tendo em vista não estar mais em vigor o art. 5º do Decreto-lei 1.510/76, não podem ter sua data de emissão equiparada à data de aquisição ou subscrição da participação societária originária. Aplicar tal comando normativo às

ações bonificadas, emitidas após a revogação expressa do art. 5º do Decreto-lei 1.510/76, em 01/01/89, implica, na verdade, na indevida atribuição de efeitos ultra-ativos a tal dispositivo, e não em respeito a direitos adquiridos.

Entendimento diverso resultaria na criação de uma isenção ad infinitum, ilimitada no tempo – conquanto baseada em uma norma revogada –, tendo em vista que o ganho de capital proveniente da alienação, em qualquer tempo, de qualquer ação bonificada, desde que oriunda de uma ação originária adquirida cinco anos antes da revogação do Decreto-lei 1.510/76, não poderia ser objeto de incidência do imposto de renda.

Assim, em que pese a ressalva feita pelo Ato Declaratório, às ações bonificadas – independentemente da existência posterior de operações de incorporações e cisões - aplico o entendimento de serem as mesmas isentas do imposto desde que, cumulativamente, tenham sido emitidas até 31/12/1988 e que as ações originárias também cumpram os requisitos para aplicação do Decreto-lei nº 1.510/76.

No que tange a segunda divergência apontada – **incorporação de ações** – entendo que com a razão a Recorrente.

Para a fiscalização a operação de aumento do capital social de empresa por meio da incorporação de ações pertencentes a outra pessoa jurídica que será extinta, é negócio societário que possui natureza de alienação. Isso porque os sócios da empresa incorporada recebem como ‘pagamento’, no momento da incorporação das suas quotas ao capital da empresa adquirente, novas ações, essas valorizadas nos exatos termos em que precificado pelo laudo de avaliação apresentado pela ‘compradora’. Haveria, então pagamento em bens, sendo inegável a possibilidade de ganho de capital e, por decorrência, incidência de imposto sobre a renda.

É destacado pela autuação que é o próprio art. 252 da Lei nº 6.404/76, que traz essa previsão:

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

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

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

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

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.

Entretanto, a previsão de recebimento das ações equivalentes pelos titulares das ações incorporadas por si só não gera acréscimo patrimonial sujeito à apuração do ganho de capital, afinal o fato gerador do imposto de renda da pessoa física é regido pelo Regime de Caixa e esse exige, além da disponibilidade jurídica ou econômica, a disponibilidade financeira do ganho auferido.

Como foi destacado no acórdão recorrido e na peça de contrarrazões a presente discussão possui correntes bem definidas, essas já debatidas por este Colegiado: incorporação de ações como alienação de bens ou como espécie de sub-rogação real. Entretanto, antes de aproximá-la a uma ou a outro instituto, ambas correntes convergem para o entendimento de que a alienação é negócio societário típico à Lei das Sociedades Anônimas. O Professor Luís Eduardo Shoueri em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, nº 200, p. 44, citando o Jurista Alberto Xavier, esclarece que a incorporação de ações observa um esquema típico peculiar ao Direito Societário “não se vislumbrando a possibilidade de aproximá-lo com qualquer outro tipo negocial previsto pelo Direito Privado”.

De fato se analisarmos o instituto da incorporação de ações, é possível observar que não estamos diante de típico contrato de compra e venda, em alguns casos se quer há a anuência do acionista quanto ao negócio – já que a deliberação se dá em assembleia geral, ou mesmo quanto ao preço ofertado – pois compete à incorporadora aprovar o respectivo laudo de avaliação. Mas também não estamos diante de sub-rogação real, pois é inegável que os bens ‘permutados’ não possuem a mesma relação jurídica originária, e também é inegável – como demonstrado pelo relatório fiscal – um incremento do valor relativo às novas ações atribuídas ao atuado.

É impossível afirmar que não há uma variação do patrimônio da pessoa física que teve suas cotas incorporadas ao patrimônio da sociedade incorporadora, como bem destacado pela fiscalização o ágio amortizado pela incorporadora é mais uma prova dessa valoração (destaca-se que o ágio integra o custo do ativo da pessoa jurídica, que pelo regime de competência, pode ser tratada como despesa dedutível na medida da sua realização por depreciação, amortização ou exaustão). **Entretanto – na pessoa física - o que deve ser analisado é em qual momento, esse ganho é realizado para fins de incidência do imposto de renda relativo ao ganho de capital da pessoa física.**

O art. 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador do IRPF a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda:

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.

A jurista Mary Elbe de Queiroz em artigo intitulado “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – Tributação das Pessoas Físicas” (in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Editora Forense 2006), muito bem explica o que seria essa 'aquisição da disponibilidade':

Já “disponibilidade” é palavra derivada do latim *disponere*, dispor, isto é, bens de que se pode dispor livremente, livres de qualquer desembaraço. Caracteriza-se como a liberdade necessária à normalidade dos negócios, revelada por uma situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançado a disponibilidade apenas potencial. A disponibilidade poderá ser visualizada sob os aspectos econômicos, jurídico e financeiro.

Entende-se por “disponibilidade econômica” a percepção efetiva da renda ou provento. A aquisição se dá pelo fato material, independentemente da legalidade, ou não, do modo de obtenção. Portanto, a disponibilidade poderia ocorrer de forma não acolhida pela ordem jurídica.

Já a “disponibilidade jurídica” diz respeito à aquisição de um título jurídico que confira direito de percepção de um valor definido, ingresso de forma legal, no patrimônio. É a aquisição por meio de uma das formas legítimas e legais, de acordo com o direito. Pressupõe a disponibilidade econômica, enquanto a “disponibilidade financeira” é o ingresso físico do valor cuja disponibilidade econômica ou jurídica foi previamente adquirida. Nesse caso, existe a posse efetiva dos valores.

A legislação do Imposto sobre a Renda consagra e impõe, com relação às pessoas físicas, além da “disponibilidade econômica ou jurídica”, a exigência da real “disponibilidade financeira”, o chamado “regime de caixa”. Nesse caso, precisa haver o efetivo recebimento do numerário ou pagamento das despesas (o ingresso ou o desembolso de numerário), para que os respectivos valores sejam computados para efeito da incidência do imposto.

Percebe-se portanto que a regra matriz de incidência do imposto renda para a pessoa física possui como critério material o efetivo recebimento do ganho, não sendo possível tributar a mera expectativa de uma da disponibilidade econômica de valores decorrentes de negócios jurídicos, até porque em alguns casos esse recebimento simplesmente pode não ocorrer (hipótese de posterior falência da empresa incorporadora).

Ao argumento acima acrescentamos o fato de que ter disponibilidade sobre algum bem é característica daquele que é proprietário da coisa, conforme preconiza o art. 1.228 do Código Civil, e ao tratarmos do ganho de capital, para delimitar o momento da aquisição dessa propriedade de proventos devemos observar a regra do art. 2º da Lei nº 7.713/88:

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

Ora, o artigo deixa claro que no imposto de renda pessoa física essa propriedade surge com o recebimento dos valores - com a percepção do ganho. E é, por isso, por exemplo, que nos contatos a prazo o fato gerador do imposto de renda do ganho de capital somente se efetiva com o pagamento da respectiva parcela, conforme expõe o art. 31 da Instrução Normativa nº 81/2001.

Art. 31. Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.

Parágrafo único. O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:

I - o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;

II - a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I.

Portanto, se o imposto em questão possui como fato gerador a aquisição, econômica ou jurídica de renda ou provento e se nos casos da pessoa física esse ganho somente ocorre com o efetivo recebimento das parcelas de valores, deve-se afastar a tributação do ganho de capital apurado a partir da mera realização de operação de incorporação de ações.

Por refletir meu posicionamento, peço vênica para transcrever entendimento externado pelos Doutores André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca em artigo intitulado “Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização da Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. Estudo de caso.”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 238, p. 28. Nesta obra os autores analisam o ganho de capital de pessoa física que integralizou capital de sociedade limitada com imóvel e, embora defendam que referida operação se assemelha mais a um contrato de permuta sem torna, a ideia de acréscimo patrimonial segue no mesmo sentido de inexistir ganho sem percepção efetiva da renda. Vejamos:

Em sendo assim, indaga-se: é razoável exigir imposto de renda sobre ganho de capital do contribuinte que, ao integralizar o capital social com bem de sua propriedade, recebe em retorno cotas de sociedade limitada, avaliadas em montante muito superior ao valor do imóvel integralizado, mesmo não havendo disponibilidade financeira na operação que viabilize o pagamento do Imposto de Renda e desde que as cotas herdem o custo do bem conferido ao capital? Ou, em situações como tais, aplica-se a regra da permuta sem torna, que, no presente caso, geraria o diferimento do pagamento do imposto sobre ganho de capital para o momento da alienação das cotas recebidas em retorno da integralização do capital social?

...

Muito embora seja comum a análise individualizada de operações que envolvam a apuração de ganhos de capital (essa é a dinâmica da legislação, principalmente para as pessoas físicas, em que essa tributação ocorre de forma segregada dos demais rendimentos), não se pode olvidar do fato de que ganho de capital é um rendimento e, como tal, deve guardar respeito ao conceito constitucional de renda, que pressupõe a ocorrência de um acréscimo patrimonial adquirido, realizado e disponível. Ou seja: ganho de capital também é renda e assim deve ser considerado. Logo, para se averiguar a existência de ganho em determinada operação deve-se inicialmente partir da definição de renda ofertada pelo próprio STF - que não é recente, diga-se de passagem.

A Suprema Corte, historicamente, sempre considerou ser renda "um ganho ou um acréscimo de patrimônio", que ocorre "mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso". Tal entendimento está em perfeita consonância com a competência atribuída à União para tributar rendas e proventos de qualquer natureza (CR/1988, art. 153, III), exigindo a ocorrência de um acréscimo patrimonial para que se tenha renda do ponto de vista tributário, posicionamento igualmente seguido pela doutrina especializada.

....

Contudo, é preciso ressaltar que, a despeito do fato de uma definição econômica pura de renda incluir acréscimos decorrentes da mera oscilação de valor, apenas os ganhos de capital efetivamente realizados podem ser tidos como rendimentos tributáveis. São três os principais motivos para tanto:

- a) dada a diversidade de ativos capazes de sofrerem valorização em um dado intervalo de tempo, seria impraticável que o Fisco buscasse tributar essa valorização em bases correntes;
- b) a tributação de ganhos não realizados poderia violar a capacidade contributiva, na medida em que não se tem certeza de sua ocorrência no futuro; e
- c) poderia ainda levar à alienação do ativo com a finalidade exclusiva de pagamento do tributo.

...

Para fins de incidência do Imposto de Renda, não basta que o acréscimo patrimonial tenha ocorrido e que esteja disponível, pois é necessária a sua realização (princípio da realização da renda). Trata-se de comando constitucional, que deriva de forma direta do princípio da capacidade contributiva. Por realização da renda entende-se a necessidade de que o "acréscimo potencial se transforme em realidade por algum negócio ou ato jurídico de alienação, ou seja, pela ocorrência de algum fato real de mutação patrimonial".

Portanto, a renda deve estar realizada, sem o que a tributação incidirá sobre uma manifestação apenas potencial de riqueza, que irá afrontar a capacidade econômica eleita pelo legislador como apta a ser tributada, a chamada capacidade contributiva. Ou seja, a tributação não pode ocorrer antes que o processo de obtenção do rendimento tenha sido concluído, eliminando, assim, qualquer incerteza quanto à efetiva existência do ganho. Nessa linha, Bulhões Pedreira afirma que a regra geral é a realização do valor de um bem por meio da entrega de dinheiro, admitindo-se, contudo, a ocorrência de realização quando tiver ocorrido a entrega de ativos financeiros altamente líquidos, o que ele denomina "quase-moeda".

Na hipótese sub examine não se verifica a ocorrência de qualquer acréscimo patrimonial realizado. O que se tem é a substituição na declaração de bens da pessoa física de um imóvel por participações societárias de valor expressivo (todavia, de difícil alienação, por se tratar de sociedade limitada), mas que herdaram o custo de aquisição do bem dado em integralização, ainda que ele tenha sido registrado no patrimônio da pessoa jurídica por valor substancialmente maior. Não há, portanto, realização da renda por meio da entrega de dinheiro ou de "quase-moeda".

Assim, é imprópria a conclusão de que se a valorização do ativo foi aceita por um terceiro (a sociedade limitada) em uma operação de integralização de capital, então, há ganho (aquisição de um acréscimo patrimonial) apto a ser tributado, que decorre da diferença positiva entre o custo histórico do bem entregue (imóvel cujo custo de aquisição se aproxima de zero) e do bem recebido em troca (cotas da sociedade limitada avaliadas em elevado montante).

Referida conclusão, extraída da situação pelo Fisco, não escapa a um exame mais acurado acerca do fato gerador do imposto de renda. Como visto, não basta a existência de um acréscimo patrimonial adquirido, sendo imperiosa a realização que o torne disponível para o titular da renda. Quando ocorre a integralização aqui discutida, ambas as partes acreditam que os bens permutados tem o mesmo valor e cada uma delas acredita na ocorrência de ganhos futuros, fruto da possível e logicamente incerta viabilidade econômica do direito transacionado. Todavia, o ganho somente se considerará realizado quando o bem permutado (participações societárias) for alienado - e se nesta alienação for apurado ganho. Tributar o ganho potencial, não realizado,

levaria ao absurdo de exigir que o contribuinte fosse obrigado a se desfazer de seu patrimônio para pagar o imposto.

...

O art. 23 da Lei n.º 9.249/1995 parece contrariar essa regra. Ao disciplinar as operações de integralização de capital, o dispositivo prevê a possibilidade de a pessoa tomar como referência o custo do bem conferido ao capital (valor constante na DIRPF) ou o valor de mercado. Na segunda hipótese, contudo, determina a tributação da diferença como ganho de capital. Veja-se:

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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei n.º 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.

A interpretação desse artigo não pode ser realizada sem que a devida atenção seja dada ao Decreto-lei n.º 1.598/1977, que exige, em diversos dispositivos, a realização financeira para que o ganho de capital seja tributável. A exposição de motivos do Decreto-lei esclarece a questão, evidenciando a preocupação do legislador com a capacidade econômica do contribuinte de arcar com o ônus do tributo:

"O projeto adota a orientação geral de submeter os ganhos de capital ao imposto somente quando realizados, isto é, quando a pessoa jurídica tem condições financeiras de suportar o ônus tributário. (...)"

Logo, ausente a realização financeira, o ganho não pode ser tributado, ficando diferido para o momento em que o sujeito passivo demonstre efetiva capacidade econômica ou contributiva.

A única interpretação possível decorrente da opção prevista no citado art. 23 da Lei n.º 9.249/1995, para que seja legal a apuração de ganho de capital tributável, deve pressupor que o contribuinte reconheça o aumento do custo em sua declaração, substituindo o valor constante da declaração de bens pelo valor das cotas recebidas. Entendimento contrário levaria ao absurdo de impor o reconhecimento de um ganho até mesmo para a sociedade, que também teria a sua base equivalente a zero no momento da emissão de suas cotas em troca do bem em questão, o que importaria o reconhecimento de um ganho. Assim, quer-se demonstrar que mantido o custo de aquisição na declaração da pessoa física, incabível a apuração de ganho de capital, ainda que o ativo conferido ao capital tenha sido recebido na sociedade por valor superior ao custo da pessoa física.

A opção contida no art. 23 da Lei n.º 9.249/1995, então, somente pode gerar a incidência de ganho de capital se vier acompanhada de uma manifestação de vontade do contribuinte que atribua efeitos tributários ao ato societário de conferência do bem ao capital a valor de mercado. O efeito tributário sobre o ganho de capital pode ocorrer por meio da alteração do valor da alienação ou do valor de custo, já que o ganho é a diferença entre ambos. Mantida a premissa da alienação (integralização) a valor de mercado, o efeito tributário (de redução da base de cálculo) deve decorrer do aumento do custo, ou seja, do reconhecimento da diferença entre o valor de mercado e o valor declarado na DIRPF como custo de aquisição. Caso contrário - opção pela manutenção

do custo histórico -, a integralização do bem a valor de mercado não deve gerar reflexos tributários.

Em outras palavras, para que a norma do citado art. 23 se aperfeiçoe e tenha os efeitos tributários que dela se espera, não basta a conferência de um bem ao capital de uma sociedade por valor superior ao constante da declaração de bens, sendo necessário que essa diferença seja adicionada ao custo histórico, que terá o efeito futuro de diminuir a base de incidência do ganho de capital no momento da realização. Caso contrário, a opção pela integralização a valor de mercado não gera reflexos tributários, justamente em razão da ausência de realização financeira, exigência Constitucional e que encontra respaldo no Decreto-lei nº 1.598/1977.

Outrossim vale ainda lembrar que a legislação submete o imposto de renda das pessoas físicas ao regime de caixa, que se aproxima bastante da realização financeira referida na exposição de motivos do Decreto-lei nº 1.598/1977. De fato, seria um contrassenso exigir a realização financeira para as pessoas jurídicas (que, em regra, tem o princípio da competência como referência para tributação da renda) e, ao mesmo tempo, tributar ganhos não realizados de pessoas físicas, cuja disciplina jurídica impõe a adoção do regime de caixa para fins de IRPF.

Portanto, não são tributados os ganhos de capital não transformados em dinheiro, ficando claro que é o regime de caixa o aplicável à tributação desses ganhos.

...

Assim, não há como negar que a operação de incorporação de ações pode representar um ganho patrimonial ao contribuinte, entretanto, observadas as normas que regem a matéria, o fato gerador do IRPF somente será apurado a partir do momento em que ocorrer a disponibilidade financeira do rendimento, sob pena de se tributar mera presunção de ganho, violando o princípio da capacidade contributiva.

Conclusão:

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso do contribuinte para estender os efeitos do Decreto nº 1.510/76 às ações bonificadas emitidas até 31/12/1988 e para afastar o ganho de capital decorrente da incorporação de ações.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Voto Vencedor

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo - Redatora Designada

Fui designada para elaborar o voto vencedor relativamente à preliminar de acolhimento dos documentos apresentados pelo Contribuinte em sede de Recurso Especial. Divergi da Ilustre Relatora e votei por não se conhecer desses documentos.

De plano, esclareça-se que a Câmara Superior de Recursos Fiscais não constitui uma Terceira Instância mas sim a Instância Especial, cuja tarefa é a uniformização da jurisprudência do CARF. Nesse passo, revela-se incabível que a Instância Especial analise documentos em caráter originário.

No presente caso, o pedido para que a Instância Especial conheça dos documentos juntados ao Recurso Especial é cercado de argumentos contraditórios. Por um lado, o Contribuinte aduz que dito pedido seria decorrente de inovação levada a cabo pelo Colegiado recorrido. Confira-se:

41. O Recorrente esclarece que, embora não seja típico do recurso especial trazer à Doute Câmara Superior novos documentos e provas, não teve ele outra opção senão fazê-lo agora, na primeira oportunidade processual possível **após tomar conhecimento da matéria, uma vez que ela, até então, nunca foi debatida nesses autos tendo sido suscitada APENAS pelo v. acórdão recorrido.**

(...)

43. Como a nova questão suscitada nos aclaratórios, na ótica do v. acórdão recorrido, se revelou prejudicial ao reconhecimento integral do direito de isenção almejado pelo Recorrente, **deve ela, com apoio do princípio da busca da verdade material, ser precisamente esclarecida; uma**, para demonstrar o direito do Recorrente e corroborar o dissídio e; **duas** para a boa formação do convencimento dos Doutos Conselheiros. (grifei)

A primeira constatação a ser feita é no sentido de que o Contribuinte está alegando que houve inovação por parte do acórdão recorrido. Nesse passo, o exame da questão pela CSRF teria de ser ancorado em demonstração de divergência quanto a esta matéria – inovação no curso do julgamento – o que não foi providenciado. Ademais, se porventura houve obscuridade no acórdão recorrido, sobre questão a ser esclarecida, o remédio processual adequado seria a via dos Embargos Declaratórios, o que também não foi providenciado pelo Contribuinte.

Ao tempo em que alega inovação por parte do Colegiado recorrido, o Contribuinte intenta que a CSRF examine documentos, ao argumento de que estes diriam respeito a discussão já existente no Recurso Especial. Ocorre que tal discussão diz respeito apenas à questão de direito, afeta à isenção do Decreto-lei n.º 1.510, de 1976, sobre a qual foi demonstrada divergência jurisprudencial. Confira-se:

42. O Recorrente não vê prejuízo nessa iniciativa, até porque **as novas provas colacionadas servem apenas para esclarecer ponto sobre o qual já se instaurou o dissídio pretoriano**, não se revelando, pois, produção de prova pura e simples para demonstrar fato diverso, mas apenas servindo de reforço para uma discussão de direito dentro do âmbito do recurso especial.

Assim, constata-se que o Contribuinte intenta que a CSRF examine, em caráter originário, provas que diriam respeito a inovação levada a cabo pelo Colegiado recorrido, sem a demonstração de divergência jurisprudencial sobre a questão da inovação, ou seja, sem indicar paradigma no sentido de que constituiria inovação a exigência de prova quanto à detenção de participações societárias, para efeito de aplicação da isenção do Decreto-Lei n.º 1.510, de 1976, em processo que trata exatamente desta matéria, de sorte que ditos documentos já deveriam ter sido apresentados.

Destarte, constata-se que o Contribuinte pretende que a CSRF resolva eventual vício verificado no acórdão recorrido, examinando em caráter originário documentos relativos a suposta inovação no curso do julgamento, sem que a questão chegue à Instância Especial por meio do atendimento aos pressupostos regimentais, o que não pode ser admitido.

Diante do exposto, não acolho os documentos apresentados pelo Contribuinte em sede de Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo