



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

Processo n° 10880.672506/2009-57
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.388 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria IRPF
Recorrente STELA YARA BLAY
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005

NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

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

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Pedro Anan Junior, Fabio Brum Goldschmidt e Rafael Pandolfo.

(Assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Rafael Pandolfo, Antonio Lopo Martinez, Fabio Brun Goldschmidt, Pedro Anan Júnior e Pedro Paulo Pereira Barbosa.

CÓPIA

Relatório

Trata o presente de manifestação de inconformidade da contribuinte, STELA YARA BLAY, que em 19/01/2010, (fls/, 05/25), por intermédio de seus procuradores, contra o Despacho Decisorio de, 10/12/2009 (fl. 03), que indeferiu o 'pedido' de restituição do Imposto de Renda, no valor de R\$11.891.278,01, pleiteado por meio de perd/comp transmitido em 05/03/2009.

O pedido de restituição foi indeferido sob o argumento de que pagamento efetuado em DARF, na data de 30/12/2004, foi integralmente utilizado para quitação de débitos do contribuinte não restando crédito disponível para restituição.

Cientificada do Despacho Decisório em 21/12/2009 (fl. 04), a interessada apresentou, em 19/01/2010, a manifestação de inconformidade de fls. 05/25, instruída com os documentos de fls. 26/112, aduzindo que:

O pedido de restituição de IRRF recolhido indevidamente, incidente sobre o ganho de capital na venda de ações no ano de 2004, justifica-se pelo fato de a participação societária alienada ter sido adquirida anteriormente ao prazo de 5 anos a contar da vigência da Lei nº 7.713/1988. Assim sendo, a Recorrente detinha o direito a não incidência do IRPF conferida pelo Decreto-lei 1510/1976, art. 4º, letra "d".

O recolhimento é indevido em razão do direito adquirido da Recorrente à não incidência do IRPF na alienação de participação societária.

Não há como o despacho decisorio que indeferiu a restituição pleiteada prosperar, pois que é cristalino o direito à devolução do IRPF recolhido indevidamente," conforme se verá a seguir.

NULIDADE DO DESPACHO DECISÓRIO

O anexo despacho decisorio é completamente nulo, pelas seguintes razões:

(i) a Recorrente deixou de ser intimada a apresentar a documentação que comprova o seu direito à restituição; e por conseguinte,;

(ii) a motivação da DRF/SP fundou-se apenas no conteúdo do Pedido Eletrônico de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação - PER/DCOMP anteriormente apresentado pela Recorrente,

(iii) a impossibilidade de acostar documentos, e o conteúdo simplista e genérico do referido despacho decisorio suprime o direito à ampla defesa da Recorrente.

A Lei 7.984/1999, em seu art 3a , inciso III, prevê que o contribuinte tem o direito de apresentação de documentos antes da decisão administrath a que analisar o pleito.

A IN/RFB 900/2008, em seu art. 65, dispõe que a autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito.

Diante disso, era dever da DRF/SP ter inumado a Recorrente a apresentar os documentos,que:suportam o seu pedido de restituição.-Não é o que ocorreu; exarou despacho eletrônico, sem que a Recorrente pudesse trazer à colação os documentos probatórios de seu direito de crédito de IRPF.

Assim, pela falta dc intimação da Recorrente, o anexo despacho decisório é nulo de pleno direito A consequência ó que o despacho decisorio foi "fundamentado" de forma genérica e superficial, carecendo a devida motivação.

Consoante CF de 1988 c a Lei nº 7.984/1999, os atos administrativos precisam, necessariamente, ser motivados;

Para que o ato administrativo seja válido, o agente deve. Expor, especificamente, suas razões e seus fundamentos, sob pena de o ato se enveredar em nulidade.

No caso, a DRF/SP não fundamentou especificamente o despacho decisório, mas tão somente indeferiu o pedido de restituição pleiteado por "inexistência de crédito". Ato que carece nitidamente de motivação.

A falta de intimação do 'Recorrente para a apresentação de documentos revela, por outro lado, a nulidade do despacho decisório em razão da carência dc motivação, já que a "justificativa" da DRF/SP é meramente negatória.

Essas imperfeições decorrentes da ausência de intimação e da deficiência ', ' da motivação do despacho decisório acarretam a nulidade pela afronta.ao primado da ampla defesa.

O art. 5o , LV, da Magna Carta, o art. 2o da Lei n 0 7.984/1999 e, por finí, o, art. 59 do Decreto 70.235/1972 c" claro ao ie\elar que o desrespeito à ampla defesa é causa "de nulidade da decisão administrativa.

Diante das incorreções processuais, houve flagrante ofensa ao primado da ampla.defesa, já,que -sem poder apresentar – documentos e conhecer a posição específica da DRF/SP, a Recorrente não pode exercer, de forma vasta e 'dirigida, a arguição de suas justificativas fáticas e jurídicas.

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes, atual CARF, é unânime quanto à nulidade de despacho decisório que deixar de analisar os fatos, possui motivação deficiente e suprime o direito de defesa do contribuinte. ,

*Portanto, pela inexistência de qualquer diligencia, intimação e, por conseguinte, fundamentação válida, o despacho decisório é **completamente nulo***

BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA, SUA ALIENAÇÃO E O RECOLHIMENTO DO IRPF,

A Recorrente é casada com o Sr. Jayme Blay (doe 6), que no ano-base de 1983 (exercício 1984), apresentou DIRPF de forma conjunta com a sua cônjuge?

A Recorrente,; já no ano de 1983, era titular de ações-da-empresa Porto Seguro Cia de Seguros Gerais (doe 7).

Em 30/12/1988, a Recorrente integralizou, por conferência de bens, as referidas ações da Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, na empresa Sybla Participações e Empreendimentos SA (doc 8 - il. 3).

Posteriormente, em 22/09/1997, foi constituída a empresa Porto Seguro SA.

Por meio da ata de 29/09/1997, a Sybla Participações e Empreendimentos SA conferiu, as ações da Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, que compunham seu capital, para a Porto Seguro SA (doc 10).

As ações de 1983 até então nominadas à Porto Seguro Cia de Seguros Gerais passaram à Porto Seguro SA, mas a propriedade das ações não se alterou.

- Não obstante as referidas alterações societárias, fato é que a titularidade das aludidas ações, desde 1983, era da Recorrente

Em 2004, a Recorrente alienou as ações da Porto Seguro SA e apurou o IRPF sobre o ganho de capital, conforme DIRPF do ano-base 2004 (doc M) e, "por conseguinte, recolheu o montante de R\$11.891.278,01, em 30/12/2004 (doe 12).

O pedido: de restituição é-referente ao "IRPF recolhido sobre o'ganho de, capital da venda de ações da Porto Seguro SA efetuada em 2004.

Tem-se que o patrimônio acionário vendido (ações da Porto-Seguro SA,--. antiga Porto Seguro Cia de Seguros Gerais); foi adquirida anteriormente-ao prazo de 5 anos a contar da vigência da Lei 7.713/1988 e, por isso, a Recorrente acredita que possui o direito à; não incidência do IRPF, prevista no Decreto-Lei 1.510/1976,, art; 4o , "d", e à devolução do valor recolhido indevidamente na referida alienação.

O DIREITO ADQUIRIDO A NÃO INCIDÊNCIA DO IRPF E À RESTITUIÇÃO POR VALORIS PAGOS INDEVIDAMENTE ; -

O Decreto-Lei 1.510/1976 previa no seu art 4o algumas hipóteses de não incidência do IRPF, dentre as quais se destaca a da alínea "d".

Art. 4º-Não incidirá o imposto de que trata o art. 1º ; ;

d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de 5 anos da data da subscrição ou aquisição da participação."

A norma posterior sobre o IRPF (Lei 7.713/1988) estabeleceu : indistintamente a incidência para ganho de capital.:Ao contrário do que se pode imaginar, não se afastou à não incidência, mas instituiu-se a tributação nos casos do art. 4 do Decreto-Vi 11510/197.*

Na situação do benefício de redução do IRPF na venda de imóvel e o prazo (5% ao ano) em que permaneceu em domínio do contribuinte, o direito até o adquirido foi respeitado pela-Lei 7.713 (art 26). Esqueceu-se, no entanto, o legislador da Lei 7.713 de preservar o direito do contribuinte que já havia cumprido a condição prevista no art. 4o , "d", do DL 1 510

Levando-se em conta que a Recorrente já era proprietária - no ano de 1983

- das ações alienadas, é evidente que ela havia cumprido, antes da mudança da regra (31/12/1988, com a Lei-7.713), "condição para que o IRPF não incidisse sobre o ganho de capital na venda de suas cotas,

ALIENAR AS AÇÕES DEPOIS DE 5 ANOS DE SUA SUBSCRIÇÃO OU AQUISIÇÃO

Cumprida a condição dos 5 anos, teria a Recorrente o direito;adquirido de recolher imposto na ocasião;da venda das ações da Porto Seguro SA. Porém, como ela recolheu indevidamente (docs. 11 e 12), vislumbra-se claro o direito à devolução-do IRPF recolhido indevidamente.

A não incidência, do IRPF depois de cumprida a condição do Decreto-Lei 1.510/1976 (art. 4o , "d"), passou a fazer ,parle; do patrimônio da Recorrente e, com base no comando constitucional do respeito ao direito adquirido, não há como incidir a tributo,-independentemente do momento da venda. Cite-se o art. 5V; inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2o.

Assim, sob os prismas constitucional e legal, o direito adquirido é definido como aquele que pode ser exercido a qualquer momento pelo seu titular, não podendo a norma superveniente causar prejuízo àquela: situação jurídica verificada e incorporada ao respectivos patrimônio sob a égide da norma anterior

Cita a doutrina,, entre as quais a lição de Jose Afonso da: Silva,- Plácido e Silva,;Prof Maria Helena Diniz e Celso, Antonio Bandeira de Melo.

No caso em apreço, ao preencher o cutêno necessário ao direito à não incidência do IRPF - qual seja,-ser titular, pelo prazo de 05 anos, da- propriedade de participação societária - a Recorrente cumpriu a-condição indispensável" e necessária ao usufruto da intangibilidade fiscal.

A partir do lapso temporal de cinco anos, o direito à não incidência: integrou o patrimônio da Recorrente, não podendo, assim, ser violado por uma nova ordem normativa.

No momento da alienação das ações, estavam plenamente preenchidos todos os requisitos legais para fruição do direito a não incidência do IRPF incidente sobre o respectivo ganho de capital, haja vista que a única condição indispensável prevista para tal era a titularidade da participação societária por 5 anos.

O direito à não incidência deu-se com o transcorrer do prazo de cinco anos em que a Recorrente permaneceu com a titularidade de suas ações, única condição estabelecida no Decreto Lei 1.510/1976.

Diante disso, a Recorrente poderia exercer tal direito a qualquer tempo, ou a não incidência do IRPF seria verificada quando fosse alienada a participação societária, que poderia ocorrer até mesmo depois do advento da Lei nº 7.713/1988.

O Recorrente tem direito adquirido à não incidência do IRPF na venda da participação societária ora tratada e, por isso, o despacho decisório deve ser reformado para garantir o direito à restituição da quantia por ele paga indevidamente.

A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DO CONSELHO ADMINISTRATIVO ". DE RECURSOS FISCAIS E DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE? JULGAMENTO

A matéria em apreço se encontra totalmente pacificada no âmbito da , jurisprudência administrativa e judicial.

As Delegacias da Receita Federal de Julgamento estão em conformidade com o direito pleiteado pelo Recorrente (doc 13):

- No âmbito do atual CARF a situação é a mesma; quase a unanimidade das Câmaras entende que há direito adquirido na situação prevista no;Decreto-Lei nº 1.510/1976 (doc 14).

A Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já

- encerrou a discussão há muito, corroborando o direito da Recorrente (docs. 15 e 16).

A jurisprudência do STJ também é favorável à Recorrente (docs 17 e 18).

Portanto, também pela jurisprudência administrativa e judicial, o pedido de ; restituição deve ser provido, reformando-se o despacho decisório

O PEDIDO

Diante do exposto, requer-se seja a manifestação de inconformidade conhecida e provida, garantindo-se a

restituição integral do valor recolhido indevidamente-a(i título de Imposto de Renda Pessoa Física, deconentes da venda de participação societária," devidamente atualizado pela Taxa Selic. ,

Requer-se a prioridade no julgamento da manifestação de inconformidade e, posteriormente, a restituição dos valores, em razão de idade e no disposto no art. 71, § 3º, da Lei nº 10.741/2003.

A DRJ ao apreciar os argumentos da recorrente julgou a impugnação improcedente nos termos da ementa a seguir:

Assumo: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o Despacho Decisório foi proferido por autoridade o competente, não apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, enquanto ato administrativo.

GANHOS DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

Está sujeita ao pagamento do imposto a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza.

O ganho de capital auferido na alienação de participação societária de sociedade constituída na Vigência da Lei nº 7.713, de 1988, está sujeito à incidência do imposto de renda, da legislação tributária aplicável.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado, a contribuinte, se mostrando irressignada, apresentou, o Recurso Voluntário, de reiterando as razões da sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da Preliminar de Nulidade

Nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal. A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento.

Posto isso, rejeito tal preliminar de nulidade.

Da Subscrição como Alienação

De acordo com o entendimento da autoridade lançadora e julgadora de primeira instância, os documentos anexados aos autos demonstram que as ações da Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, CNPJ 61.198.164/0001-60, de titularidade da interessada em 1983 (segundo relato contido na manifestação de inconformidade de fls. 05/25 e DIRPI/1984 de fls 35/50), foram alienadas a "SYBLA-PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS SA quando da subscrição pela interessada do capital social da "SYBLA" que estava sendo constituída (fls. 51/65).

Consoante Ata da Assembléia de Constituição da "SYBLA - PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS SA", de 30/12/1988 (fls 51/65) e Boletim de Subscrição do Capital Social da SYBLA Participações e Empreendimentos SA (fl.66), a integralização de parte do capital social da "SYBLA", subscrito por STELA YARA BLAY ocorreu, mediante alienação, para a dita sociedade em constituição, por conferencia de bens, de 31.703.806 ações ordinárias nominativas da Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais/CNPJ.61.198.164/0001-60, pelo seu valor patrimonial atualizado em 01/12/1988, consoante Laudo de Avaliação.

No entendimento exposto pela autoridade recorrida:

A integralização de bens da pessoa física no capital de pessoa jurídica configura indubitavelmente em alienação; operação que significa a transferência de bens ou direitos de um patrimônio para outro através de qualquer negocio jurídico translativo da propriedade, ou, na definição mais precisa de De Plácido e Silva (in Vocabulário Jurídico,' da Editora Forense) alienação, também chamada de alheação e alheamento, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato

que tem o efeito de transmitir o domínio de uma coisa para outra pessoa.

As operações posteriores de alienação/transferência das ditas ações, da Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, as quais foram incorporadas no ativo da pessoa jurídica "SYBLA-PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS SA" quando da integralização do capital social; (Ata da Assembléia de Constituição da "SYBLA PARTICIPAÇÕES EMPREENDIMENTOS SA" de 30/12/1988), não estão mais contempladas pelo disposto no art. 4º alínea do Decreto-Lei 1.510, de 1976. Isso, porque as referidas ações deixaram de pertencer a Stela Yara Blay, desde quando foi feita a integralização do capital social da "SYBLA", mediante alienação das ações da Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, de que a interessada diz que era possuidora em 1983.

Portanto, todas as operações subseqüentes de alienação das ditas ações da Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, que resultarem em ganho de capital, estão sujeitas à tributação pelo imposto de renda, nos termos da legislação tributária aplicável acima transcrita.

Nesse sentido, percebe-se a inadequação da argumentação baseada no direito adquirido de não recolher o imposto na ocasião da venda das ações da Porto Seguro SA/ CNPJ 02.149.205/0001-69, com fundamento no art: "4o, "d", do Decreto-Lei 1.510, de 1976, bem assim na jurisprudência administrativa e judicial trazida à colação, «pois que completamente inaplicável ao caso concreto.

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, em seu livro "Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro" (José Bushatsky, Editor, 1979, vol.2, p.727), leciona que:

"Apesar da semelhança da operação em tela com o instituto regulado no artigo 227, parece-nos que a expressão escolhida pelo legislador — incorporação de ações — é, de certo modo imprópria, por suscitar confusões com aquele instituto. Na verdade, a incorporação de ações nada mais significa do que um aumento de capital social de determinada companhia brasileira, mediante a conferência, pelos subscritores, de todas as ações do capital de outra sociedade, que se converte em subsidiária. integral, recebendo seus ex-acionistas ações novas do capital da primeira".

Fran Martins, em seu livro "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas", Forense, 1975, vol. 3, p. 316, leciona que na operação de incorporação de ações há um aumento de capital na sociedade incorporadora com a subscrição das ações pelos acionistas que vai tornar-se subsidiária integral:

"Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não

em dinheiro, mas com as ações dos acionistas da sociedade que vai ser incorporada".

Edmar Oliveira Andrade Filho, in Imposto de Renda das Empresas, São Paulo, Ed. Atlas, p. 461/462, considera que a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo e posiciona-se favoravelmente a incidência de imposto de renda sobre ganho de capital quando a subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil:

"No campo tributário, existem algumas controvérsias da eventual tributação do ganho de capital eventualmente apurado por ocasião da "troca" de ações ou quotas nos casos de incorporação de ações regidas pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76.

Sob a perspectiva daquele que realiza da "troca" das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários).

Ante ao relatado, não restou caracterizado o alegado pagamento indevido da importância de R\$ 11.891.278,01, concernente ao imposto recolhido sob o código 4600, em 30/12/2004 (DARF de fls, 82), em face do ganho de capital apurado na alienação de ações da Porto Seguro, AS efetuada em 19/11/2004 (Demonstrativo da Apuração dos ganhos de Capital de fls. 78/79)

Ante ao exposto, voto negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA