



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

Processo nº 10880.720271/2014-84
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.023 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de agosto de 2017
Matéria IRPF. GANHO DE CAPITAL.
Recorrente OMAR FONTANA DOS REIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2009

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL.

Na operação de incorporação de ações, a transferência das ações para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação em sentido amplo. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há efetiva realização de renda no momento em que a pessoa física recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietário das ações.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

A isenção prevista no artigo 4º do Decreto-Lei 1.510, de 1976, por ter sido expressamente revogada pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988, não se aplica a fato gerador (alienação) ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1989 (vigência da Lei nº 7.713, de 1988), pois inexistente direito adquirido.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A multa de ofício integra o crédito tributário, logo está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do mês subsequente ao do vencimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso. No mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Andrea Viana Arraes Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento ao recurso. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Relatora e Presidente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier, Cleberson Alex Friess, Carlos Alexandre Tortato, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Andrea Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, fls. 2/8, que exige do contribuinte R\$ 5.202.539,43 de imposto, acrescido de multa de ofício de 75% e juros moratórios, em razão da apuração de “GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS”, devido à omissão de ganho de capital auferido na incorporação de ações da HFF Participações S/A pela BRF Brasil Foods S/A, conforme termo de verificação fiscal - TVF de fls. 9/35, fatos geradores ocorridos em 8/7/09 e 18/8/09.

A operação, conforme TVF, ocorreu da seguinte forma:

- a) em 19/5/09, acordou-se a incorporação da totalidade das ações da HFF PARTICIPAÇÕES S/A pela BRF – BRASIL FOODS S/A;
- b) em 22/6/09, a PERDIGÃO S/A e a HFF PARTICIPAÇÕES S/A celebraram Protocolo de Justificação da Incorporação das Ações de Emissão da HFF Participações pela Perdigão S/A, estipulando como condição suspensiva uma reorganização societária em que a HFF se tornaria proprietária das ações da SADIA S/A até 8/7/09;
- c) em 8/7/09, o contribuinte integralizou o capital da HFF PARTICIPAÇÕES S/A utilizando-se de 6.133.853 ações ordinárias (ON) de emissão da SADIA S/A das quais era proprietário;
- d) em 8/7/09, houve a incorporação das ações da HFF pela BRF – BRASIL FOODS S/A. O custo de aquisição das ações da HFF de propriedade do contribuinte foi de R\$ 6.133.853,00 (6.133.853 x R\$1,00, que é o preço unitário das ações da Sadia S.A. conferidas ao patrimônio da HFF Participações S.A., a título de integralização do capital social subscrito); o valor das ações da BRF recebidos pelo contribuinte foi de R\$ 40.177.519,60 (produto da multiplicação do número de ações recebidas – 1.019.734 - pelo preço unitário destas - R\$ 39,40), totalizando um ganho de capital tributável de R\$ 34.043.666,60, sobre o qual foi apurado o imposto de R\$ 5.106.549,99 (R\$ 34.043.666,60 x 15%);
- e) em 18/8/09, houve a incorporação das ações restantes da SADIA S/A pela BRF – BRASIL FOODS S/A, sendo o Recorrente titular de 422.692 ações preferenciais, com um custo de aquisição total de R\$ 1.570.5252,82; em contraprestação, o contribuinte recebeu 56.127 ações, nos valores unitários de R\$ 39,32 e total de R\$ 2.210.452,44 (produto da multiplicação do número de ações recebidas – 56.217 - pelo preço unitário destas - R\$ 39,32), totalizando um ganho de capital tributável de R\$ 639.929,62 (R\$ 2.210.452,44 – R\$ 1.570.522,82), sobre o qual foi apurado imposto de R\$ 95.989,44 (R\$ 639.929,62 x 15%).

Cientificado do Auto de Infração - AI, o contribuinte apresentou impugnação, na qual alega que não houve manifestação de vontade do contribuinte em transferir a propriedade de

suas ações à BRF, que ocorreu uma permuta e não houve acréscimo patrimonial, que o suposto ganho nunca ocorreu, que possuía as ações desde 1983, sendo isento, que o custo de aquisição deveria contemplar as capitalizações de lucros. Pede a compensação com recolhimentos posteriores e questiona os juros sobre a multa.

Foi proferido o Acórdão 16-61.077 - 16ª Turma da DRJ/SPO (fls. 1.059/1.105) com a seguinte ementa e resultado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 08/07/2009, 18/08/2009

INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SUBSCRITO MEDIANTE A CONFERÊNCIA DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO.

A integralização de capital mediante a conferência de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo, sujeita, portanto, à apuração do ganho de capital, considerado como tal a diferença positiva entre o valor atribuído às ações transferidas e o respectivo custo de aquisição, por configurar acréscimo patrimonial.

A incorporação de ações caracteriza operação de subscrição de capital com integralização em bens, porquanto os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas as transferem para a companhia dita incorporadora, a título de integralização de capital.

CUSTO DE AQUISIÇÃO. BONIFICAÇÃO EM AÇÕES. INEXISTÊNCIA.

No caso de ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por 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 acionista.

Uma vez que, no caso concreto, não houve recebimento de ações bonificadas a partir do ano-calendário de 1996, não procede a alegação de erro na determinação do custo de aquisição do investimento alienado.

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI Nº 1.510/1976. NÃO-INCIDÊNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 7.713/1988.

Inexiste direito adquirido a isenção, salvo se houver sido concedida a prazo certo e sob condição onerosa (CTN, art. 178). Para que possa haver a fruição do benefício, a lei isentiva deve estar em vigor no momento em que ocorre o

fato gerador. Raciocínio que se aplica a hipóteses de não-incidência.

A não-incidência prevista no Decreto-lei nº 1.510/1976, art. 4º, alínea “d”, não gerou direito adquirido ao contribuinte, eis que não era onerosa e nem foi estabelecida a prazo determinado.

Está sujeita ao imposto sobre o ganho de capital a alienação de participação societária efetuada a partir de 1º de janeiro de 1989, ainda que, nessa data, já houvesse decorrido o período de cinco anos da subscrição ou aquisição da participação.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO.

A compensação de créditos do sujeito passivo perante a Fazenda Pública com créditos tributários lançados de ofício segue rito próprio, estabelecido na legislação tributária, não sendo cabível a apreciação de tal pleito em sede de julgamento de impugnação.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência de juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado do Acórdão em 3/10/14 (cópia de Aviso de Recebimento - AR de fl. 1.109), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 3/11/14, fls. 1.112/1.209 (no qual repisa argumentos apresentados na impugnação e questiona o acórdão recorrido), que contém, em síntese:

Alega que o elemento volitivo é necessário à caracterização de uma operação como alienação e este elemento não está presente na incorporação de ações, pois nem o recorrente, nem os demais acionistas, participaram dessa deliberação em seu interesse. Cita a LSA, art. 252, e afirma que a incorporação de ações é deliberada e aprovada por assembleias gerais das companhias envolvidas e para que se realize a operação comutativa, sem ganhos ou prejuízos para os acionistas de ambas as sociedades, é estabelecida uma relação de substituição baseada no valor de mercado das ações incorporadas e daquelas que serão recebidas em substituição a estas. Acrescenta que na incorporação de ações os acionistas acabam por se sujeitar ao que foi deliberado nas assembleias.

Afirma que a incorporação de ações e a constituição de subsidiária integral são operações diversas, conforme LSA, art. 251, § 2º. Cita doutrina. Explica que a incorporação de ações não implica em substituição da companhia cujas ações foram incorporadas, como ocorre na incorporação de sociedades, na qual a sociedade incorporada é extinta/absorvida.

Disserta sob o termo alienação sob a ótica do Direito Civil, concluindo que são elementos para caracterizar uma operação como alienação a transmissão da propriedade e a vontade do alienante em transmiti-la. Cita parecer da CVM onde há entendimento que o procedimento de incorporação de ações não caracteriza hipótese de alienação, e sim sub-rogação real, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento detido anteriormente. Entende ser aplicável o PN 39/81.

Explica o propósito da Associação BRF e Sadia.

Entende que como a incorporação de ações não se encontra expressamente prevista no ordenamento tributário como fato gerador de IRPF, não é legítima a cobrança de referido tributo.

Disserta sobre as características da operação de incorporação de ações e afirma que a incorporação de ações como permuta não ocasiona acréscimo patrimonial sujeito à incidência do IRPF.

Cita a CR/88, art. 153, III, e o CTN, art. 43, afirmando que o fato gerador o imposto de renda se dá com o aumento do patrimônio. Entende que se a incorporação de ações decorre de acréscimo patrimonial, a tributação apenas poderia ocorrer quando do efetivo ingresso em seu patrimônio, segundo o regime de caixa. Cita a Lei 7.713/88, art. 3º.

Afirma que a presença do elemento monetário é fundamental para análise dos impactos tributários da permuta. Entende que na hipótese de se considerar que a incorporação de ações é alienação, ter-se-ia uma operação de permuta, que não estão sujeitas à incidência de IRPF se não houver torna.

Acrescenta que a operação em questão se dá mediante a elaboração de laudo de avaliação que estabelece a correspondência entre as ações originais e as que ficarão em seu lugar. Discorre sobre permuta de bens imóveis e títulos da dívida pública. Cita atos normativos da RFB, parecer da PGFN e decisões do CARF sobre o assunto.

Volta a afirmar que não há acréscimo patrimonial na incorporação de ações e, portanto, não há incidência de IRPF. Diz estar equivocado o entendimento da DRJ de que não é necessário se observar o regime de caixa, pois apesar de não haver circulação de moeda, estaria verificado o acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda.

Aduz que houve apenas troca de participação, na qual a recorrente permaneceu com um investimento na BRF no mesmo grau de liquidez e na mesma proporção do investimento anteriormente detido, mantendo em sua DIRPF o custo histórico. Qualquer acréscimo patrimonial somente aconteceria na hipótese de venda das ações emitidas pela BRF a preço maior que o custo envolvido em sua DIRPF. Reafirma que não houve acréscimo patrimonial.

Acrescenta que mesmo que se entenda que houve alienação com apuração de ganho de capital, o imposto jamais poderia ser exigido, pois o ganho ainda não se encontra disponível para o recorrente. Cita decisão do STJ.

Cita a Lei 7.713/88, art. 2º, e afirma que é preciso que a pessoa física aufera acréscimo patrimonial, em pecúnia, para que haja incidência do IRPF. Cita doutrina.

Diz que muito se discute sobre a diferença entre disponibilidade econômica e disponibilidade jurídica, e que ambas não se confundem com disponibilidade financeira, em que a renda é adquirida segundo o regime de caixa, caracterizado pelo ingresso de moeda no

patrimônio da pessoa. Entende que o acréscimo patrimonial somente deve ser submetido à tributação do IRPF quando do recebimento em dinheiro. Cita doutrina.

Entende que não caracteriza alienação para fins de incidência de imposto sobre a renda na hipótese do montante das novas participações societárias ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária. Cita doutrina e jurisprudência.

Cita o Parecer Normativo - PN 39/81 que dispõe que as ações recebidas em substituição de outras participações societárias em virtude de operação de incorporação, cisão e fusão, e na mesma proporção das ações anteriormente detidas, não podem ser consideradas novamente subscritas ou adquiridas por aqueles que as recebem, de modo que ações isentas continuariam isentas. Afirma que a fiscalização deve aplicar o mesmo entendimento aos casos de incorporação de ações, para considerar tais operações como eventos de sub-rogação com substituição de posições acionárias.

Aduz que o valor apurada pela fiscalização não está correto. Cita a Lei 7.713/88, art. 16, § 3º, que dispõe que no caso de aumentos de capital resultante de incorporação de lucros apurados a partir de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com estes lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista beneficiário. Afirma que tal dispositivo não faz menção à necessidade de distribuição desse aumento de capital na forma de bonificação, tal como entende a DRJ.

Explica que há inexatidão material constante do custo de aquisição registrado pelo recorrente em sua DIRPF, devendo o valor ser corrigido considerando os lucros auferidos pela Sadia posteriormente ao mês de janeiro de 1996, passando o custo médio por ação de R\$ 1,137335 para 3,100816. Tal erro de fato não pode ser utilizado pela fiscalização como fundamento para constituição do crédito tributário. O próprio CARF determina a retificação do lançamento sempre que houver documentos hábeis a demonstrar sua incorreção.

Acrescenta que a Sadia já havia informado à RFB os eventos de aumento de capital social decorrentes de incorporação de reservas de lucros, de modo que estes já deveriam ter sido considerados pela fiscalização ao apurar o ganho de capital do recorrente.

Cita o DL 1.510/76, art. 4º, e afirma que não incide IRPF sobre eventuais ganhos de capital decorrentes das alienações de participações societárias efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data de sua aquisição. Diz que não obstante tal dispositivo ter sido revogado pela Lei 7.713/88, trata-se de direito adquirido à isenção. Disserta sobre a matéria. Explica que em 2009 detinha 3.873.952 ações ordinárias e 211.383 ações preferenciais da Sadia referentes às ações adquiridas até 1983. Assim, o suposto ganho de capital decorrente da alienação dessas ações está isento.

Acrescenta que nos anos de 1984 a 1990 recebeu bonificações de ações, devido a incorporação de reservas de lucros. Diz que apresenta extrato indicando quais ações se referiam à sua participação no capital social da Sadia até 1983 e quais foram adquiridas posteriormente. Questiona o entendimento da DRJ e cita jurisprudência.

Diz que posteriormente alienou ações da BRF e recolheu o IRPF, devendo esse valor ser deduzido do imposto constituído. Afirma que o valor recolhido decorreu de sua interpretação da legislação tributária e do valor recolhido pelo recorrente, R\$ 733.296,27

devem ser utilizados para abater o montante exigido a título de principal, uma vez que estão vinculados ao suposto ganho de capital apurado.

Questiona a incidência de juros sobre a multa.

Requer seja julgado improcedente o auto de infração. Subsidiariamente, requer seja retificado o auto de infração para que seja considerado o custo efetivo das ações, a isenção relativa às ações adquiridas até 1983, seja considerado o IRPF recolhido posteriormente e que sejam afastados os juros sobre a multa de ofício.

CONTRARRAZÕES DA PGFN

A PGFN apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, documento juntado às fls. 1.234/1.254, que contém, em síntese:

Explica que a incorporação de ações, regulada pelo art. 252 da Lei 6.404/76, ocorre quanto uma companhia (incorporadora) adquire todas as ações do capital social de outra (incorporada) com o fim de convertê-la em subsidiária integral. Peculiar é o fato, contudo, de que a incorporadora aumenta seu próprio capital social e o integraliza com as ações adquiridas da incorporada. Os acionistas desta, caso aprovem a operação, receberão em troca ações da incorporadora decorrentes do aumento do capital social em questão. Os antigos acionistas da incorporada, então, passam a ser acionistas da incorporadora.

Afirma que a corrente doutrinária adotada pelo recorrente de que a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial, sendo uma sub-rogação real, é minoritária. Cita doutrina e entende que na sub-rogação há necessidade de identidade de relações jurídicas entre o bem que sai do patrimônio do sujeito e o que passa a integrá-lo. No caso da incorporação de ações, não há tal identidade. O que há é a substituição de ações da companhia “A” por ações da companhia “B”. De plano, se vê que há alteração de relação jurídica, pois se tratam de títulos mobiliários referentes a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos. Não há mera substituição de objeto, mas também substituição de sujeitos da relação jurídica.

Acrescenta que, como se observa da doutrina, há sub-rogação se o bem recebido em resposta tiver o objetivo de recompor o patrimônio anteriormente deslocado. Ao seguir do texto, nota-se, à evidência, que a recomposição leva em conta a identidade de valores do bem original e do sub-rogado.

Diz que na incorporação de ações há prévia avaliação do valor patrimonial das ações a serem incorporadas. As ações da incorporadora que são destinadas aos antigos acionistas da incorporada podem ter valor *menor, igual* ou *superior* àquele das ações incorporadas. Daí se nota que não há recomposição de patrimônio, mas sim verdadeiro acréscimo patrimonial, pelo que é de se afastar a ocorrência de sub-rogação real.

Acrescenta que:

Segundo Plácido e Silva, alienação:

“é o negócio jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designam todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa”.

34. Pelo artigo 9º da Lei das S/A, a transferência de bens à sociedade empresária por seus acionistas ocorre a título de propriedade em favor dela. Com efeito, se inexistente qualquer

*disposição em contrário no artigo 252 da Lei das S/A, é de se concluir que a **integralização de capital da incorporadora com ações da incorporada importa em transferência de propriedade, o que nada mais é do que alienação.***

35. A questão é saber se essa alienação ocorre a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial para uma das partes. O elemento distintivo entre essas duas características não é o pagamento em pecúnia, mas sim a atribuição de um preço.

[...]

*37. Na incorporação de ações, por imposição dos §§ 1º e 3º do artigo 252 da Lei das S/A, é **obrigatória a avaliação do valor das ações a serem incorporadas.** Daí se ver que é de fato relevante o preço atribuído, posto que será o preço de avaliação que determinará quantas ações da incorporadora serão dadas aos novos sócios como pagamento pela integralização de aumento de capital pela dação de ações da incorporada. A avaliação nada mais é nesse ponto do que a fixação de um preço.*

Cita decisões do CARF, inclusive a proferida no julgamento do processo n. 10880.720212/2013-25, que trata da mesma operação que ora se analisa, em que figurava como recorrente a Old Participações Ltda., acionista da SADIA S.A., na qual se concluiu que a operação de incorporação das ações da HFF PARTICIPAÇÕES pela BRF FOODS consistiu numa operação de alienação que originou acréscimo patrimonial tributável.

Sobre a manifestação de vontade, cita doutrina e diz que a “manifestação de vontade” não necessariamente demanda uma declaração direta, como a assinatura de um contrato. No caso da incorporação de ações, os acionistas da companhia incorporada manifestam sim sua vontade. O fazem, inclusive, em sede de Assembleia Geral, conforme preceitua o artigo 252, § 2º, da Lei das S/A.

A manifestação da pessoa jurídica no que diz respeito à incorporação de ações nada mais é do que uma representação da vontade das pessoas de seus sócios. Segundo o artigo 116 do Código Civil, a manifestação de vontade do representante, nos limites de seus poderes, vincula o representado. É dizer: os atos **de representação** da pessoa jurídica na incorporação de ações produz efeitos sobre o patrimônio de seus sócios.

Não há de se falar, assim, em ausência de vontade. Se o acionista de fato participa do processo de incorporação de ações e dele se beneficia, o faz por vontade própria e autônoma, posto que se não concordasse com a referida medida teria se retirado da sociedade.

Acrescenta que:

*53. Não bastasse a clareza da existência de manifestação de vontade inerente à operação de incorporação de ações, na reorganização societária em apreço, ela é ainda mais pronunciada. Conforme narrado acima, previamente à incorporação das ações da UFF FOODS pela BRF FOODS, o **contribuinte** promoveu voluntariamente e, **em nome próprio**, a subscrição do capital social da HFF PARTICIPAÇÕES, para cuja integralização utilizou as ações da SADIA S.A.*

54. Nesse ato preparatório da operação de incorporação de ações, houve manifestação de vontade inequívoca por parte do acionista, o que reforça a ocorrência de voluntariedade na reorganização societária que resultou na alienação das ações da SADIA S.A., gerando ganho de capital regularmente tributado pela fiscalização.

Afirma haver acréscimo patrimonial e realização da renda. Cita o CTN, art. 43, segundo o qual considera-se renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, entendidos assim os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

Acrescenta que:

57. Por sua vez, o Imposto sobre a Renda devido no ganho de capital tem fonte normativa no **art. 3º, §2º, da Lei nº 7.713/88**, pelo qual 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.

58. O § 3º do mesmo artigo determina que serão consideradas ganho de capital 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.

[...]

61. Observe-se que a renda no caso da incorporação de ações reúne todos os requisitos para se considerar **realizada**, independentemente de sua conversão em pecúnia.

62. Com efeito, cabe salientar que o que se exige para a configuração da incidência do IRPF é a disponibilidade **econômica** ou **jurídica** da renda, não a disponibilidade **financeira**.

Por essa razão, não prospera o argumento do recorrente de que o pagamento recebido em bens, no caso, ações, não seria tributável.

63. O fato de a tributação da pessoa física se dar pelo **regime de caixa** não é óbice à incidência, visto que a atribuição desse regime nada mais é do que a opção legislativa pela consideração da **disponibilidade econômica da renda**.

Conclui ser evidente a incorporação da renda no caso da incorporação de ações.

Quanto ao custo de aquisição das ações da HFF PARTICIPAÇÕES S/A, informa que:

*De plano, é importante salientar que o contribuinte, ao contrário do que afirma, **jamais registrou as ações da HFF em suas DIRPF por valor algum**, como se verifica a partir da consulta Declaração de Bens e Direitos do recorrente dos anos-calendários de 2009 e 2010. Isso por uma razão muito simples: as ações da HFF foram adquiridas e alienadas no curso do ano-calendário de 2009, de modo que na DIRPF de 2009 constavam **ações da SADIA S/A** e na DIPRF de 2010 já constavam **ações da BRF – BRASIL FOODS S/A**. Portanto, **impossível** verificar o valor pelo qual as ações da HFF foram declaradas.*

71. Dado que não é possível aferir o custo de aquisição das ações da HFF Participações a partir da Declaração de Rendimentos, não há suporte fático para aplicação da norma pretendida pelo recorrente.

*72. A aplicação das normas do art. 23 da Lei nº 9.249/95 demanda saber o **valor da** entrega das ações da SADIA para integralização do capital social da HFF, para, então, aferir a caracterização de eventual ganho de capital na subsequente entrega dessas ações havida no bojo da incorporação de ações. E a verificação de sobredito valor deve ser realizada nos termos do 16, §4º, da IN RFB n. 84 de 11/10/2001, ou seja, é preciso apurar a média ponderada dos custos unitários pelos quais as ações da SADIA foram entregues para subscrição do capital da HFF.*

73. Tal valor pode ser identificado na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da HFF Participações, realizada em 8 de julho 2009 (fls. 464/471).

*74. Na referida ata, no item 4.6, se verifica que foram entregues 9.926.613 Ações Sadia **em contrapartida a um aumento de R\$ 9.926.613,00** no capital social da pessoa jurídica, capital esse que foi distribuído em 9.926.611 ações ordinária da HFF.*

75. Análogas previsões às do item 4.6 estavam nos itens 4.7 e 4.8, cujo exame deixa claro que o preço de emissão das ações HFF foi de R\$ 1,00, exatamente o valor considerado pela Fiscalização e foi esse o também o valor pelo qual foram recebidas as ações da SADIA.

76. Dentre as ações entregues, estavam as 6.133.853,00 ações ordinárias da SADIA que eram titularizadas pelo pra recorrente, a quem coube o recebimento de 6.133.853 ações da HFF, emitidas, portanto, por R\$ 1,00, sendo este seu custo de aquisição.

77. Destarte, não merece acolhida o argumento do Recorrente de que deve ser utilizado o valor da declaração de rendimentos.

Entende ser inaplicável o Decreto-Lei 1.510/76, pois no ano-calendário de 2009, ano da alienação, já estava revogada a isenção. Afirma que:

*95. Ora, a isenção do Decreto-Lei nº 1.510/76 foi **revogada** em 1988. Assim, não há possibilidade alguma de bonificações*

recebidas após o ano de 1983 terem completado o lustro necessário à configuração do suposto direito adquirido à isenção.

96. Assim, deve ser afastada por inteiro a isenção do Decreto-Lei nº 1.510/76 ou, subsidiariamente, a isenção sobre as bonificações aferidas após o ano de 1983.

Defende a incidência de juros sobre a multa de ofício.

Requer o desprovimento do recurso voluntário.

Em 4/8/17, véspera do julgamento, o sujeito passivo juntou aos autos documento contendo argumentos adicionais, apresentando quadro demonstrativo com julgamentos favoráveis e contrários sobre se a incorporação de ações caracteriza alienação. Cita o art. 112 do CTN e requer seja afastada a multa de ofício aplicada.

É o relatório.

Voto

Conselheira Miriam Denise Xavier, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

MÉRITO

Inicialmente, destaca-se que a atividade vinculada do agente administrativo não o permite interpretar a lei de forma diversa, devendo observar o disposto no CTN, art. 142:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A operação de incorporação de ações está prevista na Lei 6.404/76:

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

[...]

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

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

Como se vê, a incorporação de ações significa que uma companhia incorpora a totalidade das ações de outra. A companhia incorporadora tem o seu capital social acrescido das ações cujo valor é apurado em avaliação realizada para esse fim. Também por efeito da incorporação, passam a figurar, em seu quadro de sócios acionistas, os acionistas originários dos títulos transferidos.

Os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas adquirem participação societária na incorporadora, entregando para isso as ações originárias. O valor da

participação societária adquirida corresponde ao que for definido pela avaliação aprovada em assembleia.

No patrimônio do acionista ocorre a saída das ações da companhia incorporada e o ingresso das novas ações, da companhia incorporadora.

A transferência não se dá mediante a entrega em dinheiro, mas sim em bens (ações), sendo que a incorporadora também paga o respectivo preço em bens, na forma de ações novas. Assim, a transmissão da propriedade dos ativos é onerosa e mensurada em dinheiro, a partir de prévia avaliação de profissionais peritos.

A hipótese de integralização de capital por pessoa física, mediante entrega de bens, foi estabelecida no art. 23 da Lei 9.249/95:

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. (grifo nosso)

Sendo assim, a incorporação de ações é uma forma de alienação em sentido amplo, sendo que a diferença a maior a favor do valor econômico em contraposição ao custo de aquisição da participação na empresa cujas ações estão sendo incorporadas por outra, constitui-se em ganho de capital.

As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital, de acordo com a Lei 7.713/88, art. 3º:

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. (grifo nosso)

§ 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. (grifo nosso)

§ 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.

O imposto em questão incidirá sempre que houver aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, neste último incluído o ganho de capital aqui abordado, o qual é perfeitamente mensurável monetariamente.

A lei ao definir o fato gerador do imposto não se reporta à disponibilidade financeira, mas à disponibilidade econômica ou jurídica, CTN, art. 43:

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.

Para o CTN, o fato gerador do imposto se configura possível com o simples acréscimo patrimonial, não se exigindo a disponibilidade financeira ou circulação de numerário correspondente.

Vê-se, portanto, que a disponibilidade da nova riqueza em pecúnia não é requisito absoluto para a tributação da renda da pessoa física, especialmente diante da hipótese de patrimônio economicamente acrescido pela aquisição de um bem ou direito, como no caso da incorporação de ações. Neste caso, independentemente da conversão em pecúnia, estará configurada a realização de renda para a pessoa física a partir do instante em que o bem ou direito esteja incorporado ao seu patrimônio, ou seja, basta para a aquisição da disponibilidade da renda a possibilidade de mensuração econômica do bem ou direito e que, efetivamente, acresça riqueza ao patrimônio do contribuinte.

Frise-se que o artigo 55 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, RIR/1999, 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; (grifo nosso)

[...]

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;

Diante do exposto, no âmbito da legislação tributária, não há como serem acolhidos os argumentos do recorrente de que incorporação de ações e a constituição de subsidiária integral são operações diversas, que a incorporação de ações não se encontra expressamente prevista no ordenamento tributário como fato gerador de IRPF, que a incorporação de ações como permuta não ocasiona acréscimo patrimonial sujeito à incidência do IRPF, que a tributação deveria ocorrer quando do efetivo ingresso em seu patrimônio, segundo o regime de caixa e que há necessidade da presença do elemento monetário.

Assim, diante da legislação aplicável, especialmente a Lei 7.713/88, art. 3º, § 3º, a conclusão não pode ser outra: o fato gerador do IRPF ocorreu no momento da operação aqui descrita, e tendo sido apurado o ganho de capital, correto o lançamento fiscal que apurou o imposto devido.

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Desnecessária a manifestação de vontade do recorrente para que se configure a alienação. Como bem salientado nas contrarrazões, os acionistas da companhia incorporada manifestam sua vontade, em sede de Assembleia Geral, conforme preceitua o artigo 252, § 2º, da Lei das S/A. A manifestação da pessoa jurídica no que diz respeito à incorporação de ações nada mais é do que uma representação da vontade das pessoas de seus sócios. Segundo o artigo 116 do Código Civil, a manifestação de vontade do representante, nos limites de seus poderes, vincula o representado. É dizer: os atos de representação da pessoa jurídica na incorporação de ações produz efeitos sobre o patrimônio de seus sócios.

Ademais, se o acionista não concordasse com a referida incorporação, teria se retirado da sociedade.

BASE DE CÁLCULO

O RIR/99, dispõe que:

Art. 130. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e de bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, § 2º).

§ 1º No caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas de lucros, que tenham sido tributados na forma do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, ou apurados no ano de 1993, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, § 3º, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 75).

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, § 4º):

I - no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas apurados até 31 de dezembro de 1988, e nos anos de 1994 e 1995;

II - no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente;

III - quando não puder ser determinado por qualquer das formas descritas neste artigo ou no anterior.

[...]

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 (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).

Vê-se, portanto, que a tributação conforme Lei 7.713/88, art. 16, § 3º, ocorreu até o ano-calendário 1993. Já o disposto no art. 135, acima citado, aplica-se a partir de 1996.

No caso concreto, mesmo que tenha havido aumento de capital da companhia SADIA S/A mediante a incorporação de lucros obtidos a partir de 1996, conforme planilha "SADIA S/A - aumentos de capital segregados pela origem dos lucros", fls. 656/659, não houve recebimento de bonificações pelo recorrente a partir do ano-calendário de 1996, de acordo com a planilha "OFR - Carteira de 31.12.1983 - Movimentações em Quantidades, fls. 640/641.

Ademais, o valor da entrega das ações da SADIA para integralização do capital social da HFF pode ser identificado na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da HFF Participações, realizada em 8 de julho 2009 (fls. 464/471), na qual consta, nos itens 4.6, 4.7 e 4.8, que o preço de emissão das ações HFF foi de R\$ 1,00, exatamente o valor considerado pela Fiscalização e foi esse o também o valor pelo qual foram recebidas as ações da SADIA.

Sendo assim, não há como se acolher o argumento do recorrente de que houve erro na determinação do custo de aquisição das ações alienadas, por não terem sido considerados os lucros auferidos pela Sadia posteriormente ao mês de janeiro de 1996.

ISENÇÃO

Alega a recorrente que possui direito adquirido à isenção prevista no Decreto-Lei 1.510/76, pois possui ações adquiridas até 1983.

O DL 1.510/76 dispunha que:

Art 1º O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer participações societárias está sujeito à incidência do imposto de renda, na cédula "H" da declaração de rendimentos.

Art 2º O rendimento tributável de acordo com o artigo anterior será determinado pela diferença entre o valor da alienação e o custo de subscrição ou aquisição da participação societária, corrigido monetariamente segundo a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

[...]

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

[...]

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

Entretanto, tal legislação foi revogada pela Lei 7.713/88, que dispõe:

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

[...]

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

[...]

§ 5º Ficam revogados todos os dispositivos legais concessivos de isenção ou exclusão, da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, de rendimentos e proventos de qualquer natureza, bem como os que autorizam redução do imposto por investimento de interesse econômico ou social. (grifo nosso)

[...]

Art. 58. Revogam-se o art. 50 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965, os arts. 1º a 9º do Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, os arts. 65 e 66 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, os arts. 1º a 4º do Decreto-Lei nº 1.641, de 7 de dezembro de 1978, os arts. 12 e 13 do Decreto-Lei nº 1.950, de 14 de julho de 1982, os arts. 15 e 100 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, o art. 18 do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, o item IV e o parágrafo único do art. 12 do Decreto-Lei nº 2.292, de 21 de novembro de 1986, o item III do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.301, de 21 de novembro de 1986, o item III do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.394, de 21 de dezembro de 1987, e demais disposições em contrário. (grifo nosso)

A lei que concede a isenção não gera direito adquirido a favor do contribuinte. A isenção pode ser usufruída enquanto vigente a norma isentiva. Revogada referida norma, o tributo volta a ser exigível em relação aos fatos ocorridos posteriormente à revogação.

Sobre isso, o CTN, no art. 178, dispõe que:

Art. 178 - A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

A isenção do DL 1.510/76, artigo 4º, alínea 'd', havia sido concedida sob determinada condição (ficar o contribuinte por cinco anos sem alienar sua participação societária), mas não foi por prazo certo. Apenas seria por prazo certo se a lei tivesse estabelecido um tempo após os cinco anos que o contribuinte permaneceu na sociedade, para que ele alienasse sua participação societária. Assim, caso atendidas as condições estabelecidas, ou seja, além de ficar por mais de cinco anos na sociedade, o contribuinte alienasse sua participação no prazo certo estabelecido na lei isentiva, ele estaria dispensado de pagar o imposto. Contudo, este não é o caso, pois a isenção ora tratada foi por prazo indeterminado e, sendo assim, uma vez revogada a norma isentiva, não há mais que se falar em isenção, muito menos em direito adquirido.

Portanto, a isenção do artigo 4º, alínea "d" do Decreto-Lei n.º 1.510/76, não se amolda às condicionantes do art. 178 do CTN, não gerando direito adquirido após sua revogação.

PAGAMENTO DO TRIBUTO NOS EXERCÍCIOS SEGUINTES

Diz a recorrente que posteriormente alienou ações da BRF e recolheu o IRPF, devendo esse valor ser deduzido do imposto constituído.

Eventuais ganhos de capital e recolhimentos de IRPF efetuados pelo recorrente nos exercícios seguintes não podem ser aqui considerados, pois não são objeto do presente processo, que cuida somente da alienação ocorrida no ano-calendário 2009.

Se o contribuinte entende que houve apuração de imposto a maior nos exercícios seguintes, cabe somente a ele demonstrar o erro em procedimento próprio e pedir a restituição dos valores.

JUROS SOBRE A MULTA DO OFÍCIO

Ao contrário do que entende o recorrente, incide juros de mora sobre a multa de ofício.

O CTN, no art. 161, dispõe que:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

A Lei 9.430/96, art. 61, determina:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O conceito de crédito tributário abrange a multa de ofício, portanto, não efetuado o pagamento no prazo legal, incide juros de mora sobre o principal e a multa de ofício.

No mesmo sentido, manifestou-se a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10980.723322/2015-82, Acórdão 9202-004.250, de 23/6/16, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

ARGUMENTO ADICIONAL SOBRE DECISÕES DIVERGENTES

Os argumentos apresentados fora do prazo para interposição do recurso (e ainda, depois que o processo foi incluído em pauta de julgamento), não podem ser aceitos. Mesmo porque não se trata de prova documental capaz de alterar o lançamento, estando precluso o direito do contribuinte, nos termos do Decreto 70.235/72, art. 16, § 4º.

O fato de existirem, como alega o recorrente, decisões divergentes, não é elemento suficiente para que o julgador exclua a multa de ofício, como quer o contribuinte.

A existência de decisões divergentes permite ao contribuinte apresentar, no momento oportuno, recurso especial, não cabendo a esta turma de julgamento excluir a multa de ofício por tal motivo.

CONCLUSÃO

Sendo assim, correto o procedimento fiscal que apurou o IRPF ora lançado.

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato

Do ganho de capital na operação de incorporação de ações

Dirijo da i. relatora 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 assembléia 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 tributária. 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 5052793-42.2011.4.04.7000, 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. 9202-003.579 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 exaustivamente 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 lançados, 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 5052793-42.2011.4.04.7000/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.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato