



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

Processo n° 10880.720499/2014-74
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.962 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2017
Matéria IRPF - GANHO DE CAPITAL
Recorrente OMAR FONTANA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de participação societária constitui-se em uma forma de alienação de ações, caracterizando-se pela entrega de quotas da sociedade incorporada em subscrição de capital e como contrapartida o recebimento de quotas da nova sociedade proporcionalmente ao valor subscrito.

GANHO DE CAPITAL. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO CONCEDIDA NO DECRETO-LEI Nº 1.510, DE 1976.

A isenção prevista no artigo 4º do Decreto-Lei nº 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 a regime jurídico.

CUSTO DE AQUISIÇÃO. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL COM AÇÕES.

O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago. No caso de integralização de capital com ações, o custo de aquisição será o valor atribuído às ações utilizadas na integralização.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

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

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 Martin da Silva Gesto (Relator) e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que deram provimento integral ao recurso e o Conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto, que deu provimento parcial ao recurso para: a) considerar isentas as parcelas do ganho de capital decorrentes da alienação das ações adquiridas até 1983 e as respectivas bonificações; e b) reconhecer que o custo de aquisição das ações HFF devem ser equiparadas ao das ações ordinárias da SADIA. Foi designado o Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente e Redator designado

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto, Martin da Silva Gesto, Cecilia Dutra Pillar e Marcio Henrique Sales Parada. Ausente justificadamente Rosemary Figueiroa Augusto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 10880.720499/2014-74, em face do acórdão nº 04-36.480 julgado pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (DRJ/CGE) no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

Trata o presente processo de Auto de Infração (fls. 631 a 658) em razão de trabalho de fiscalização, exercício 2010, ano-calendário 2009, que apurou um crédito tributário de R\$ 12.523.541,25, lavrado em 20/02/2014 na qual foram verificadas as seguintes infrações:

GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS. OMISSÃO/APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES.

Consta no Termo de Verificação Fiscal (fls. 638 a 658), em síntese, o seguinte:

1. O sujeito passivo auferiu ganho de capital em 2009 ao alienar ações de sua titularidade em eventos de incorporação, a seguir resumidos:

a. aprovado o aumento de capital social da HFF Participações S. A., em AGE de 08/07/2009, foram emitidas, para subscrição privada, ações ordinárias da HFF;

b. para integralização de sua parte nas ações subscritas, o sujeito passivo conferiu, ao capital da HFF, 5.215.624 ações ON da SADIA, de sua titularidade, no valor de R\$ 1,00 cada;

c. aprovada a incorporação da totalidade das ações de emissão da HFF ao patrimônio da BRF – Brasil Foods S A, em AGE, também de 08/07/2009, ocorreu a alienação das 5.215.624 ações da HFF, de titularidade do sujeito passivo, à BRF, tendo ele recebido, para cada ação que possuía da HFF, 0,166247 ação ordinária de emissão da BRF, ou seja, 867.081 ações da BRF;

d. Aprovados o aumento de capital da BRF e a incorporação direta de ações ordinárias e preferenciais da Sadia pela BRF, em AGE de 18/08/2009. Ocorreu a alienação de 3.500.000 ações ON e 114.153 ações PN da Sadia, de titularidade do sujeito passivo, à BRF, tendo ele recebido, para cada uma das 3.500.000 ações ON e 114.153 ações PN que possuía, 0,132998 ação ordinária de emissão da BRF, ou seja, 480.675 ações da BRF;

2. A alienação, a qualquer título, de bens e direitos (da qual decorra diferença positiva entre o valor da alienação e o custo do objeto alienado) é fato gerador do imposto de renda incidente sobre ganho de capital de pessoa física;

3. verifica-se que a conceituação do fato gerador do ganho de capital é nítida ao considera-lo o resultado econômico positivo auferido pelo proprietário de bens ou direitos nas operações que consubstanciem alienação destes, a qualquer título;

4. O sujeito passivo:

a. transferiu suas ações ordinárias da Sadia para HFF, a título de integralização de capital social;

b. alienou a totalidade de suas ações da HFF, bem como suas ações da SADIA para a BRF em operação de incorporação de ações;

c. auferiu ganho de capital, fato gerador do imposto de renda;

5. A incorporação de ações tem a natureza jurídica de alienação de bens como manifestaram-se LUIS EDUARDO SCHOUERI e LUIZ CARLOS DE ANDRADE JR., em recente artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário no. 200;

6. A disponibilidade econômica de renda ou proventos é o cerne do critério material da hipótese de incidência tributária do

imposto de renda e independe da simultânea disponibilidade financeira;

7. Não há previsão legal de isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido com a operação de incorporação de ações;

8. INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA HFF PARTICIPAÇÕES S A PELABRF BRASIL FOODS S A

9. Em 08/07/2009, o sujeito passivo alienou à BRF, por meio da incorporação de ações, 5.215.624 ações da HFF, das quais era proprietário;

10. Em contraprestação, ele recebeu 867.081 novas ações ordinárias da BRF, emitidas em aumento de capital social, no valor unitário de R\$39,40 e total de R\$34.162.991,40 (produto da multiplicação do número de ações recebidas - 867.081 – pelo preço unitário destas - R\$39,40);

11. Considerando que o custo de aquisição de suas ações da HFF Participações S.A. foi R\$5.215.624,00 (5.215.624 X R\$1,00, que é o preço unitário das ações da Sadia conferidas ao patrimônio da HFF, a título de integralização do capital social por ele subscrito), tem-se um ganho de capital no valor de R\$28.947.367,40 (R\$34.162.991,40 - R\$5.215.624,00);

12. O imposto de renda devido pelo sujeito passivo em relação a este ganho de capital é R\$4.342.105,11 (R\$28.947.367,40 x 15%);

13. A quantidade de ações da HFF de titularidade do sujeito passivo em 08/07/2009, bem como o correspondente custo de aquisição, estão registrados no Livro de Registro de Ações Nominativas e no item 4.6 da ata da AGE de 08/07/2009;

14. Já a quantidade de ações da BRF, recebidas pela incorporação de ações, pode ser confirmada através do Livro Extrato de Movimentação de Ações, encaminhado pela BRF Brasil Foods SA, em resposta à diligência efetuada;

15. INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA SADIA S. A PELA BRF BRASIL FOODS S A

16. Em 18/08/2009, o sujeito passivo alienou à BRF Brasil Foods SA, por meio da incorporação de ações, 3.500.000 ações ON da Sadia S.A. e 114.153 ações PN da Sadia SA, das quais ele era proprietário;

17. O custo total de aquisição de suas 3.500.000 ações ON da Sadia S.A. foi R\$8.907.465,00 e o custo total de aquisição de suas 114.153 ações PN da Sadia S.A. foi R\$277.583,11 (total de R\$9.185.048,11);

18. Em contraprestação, ele recebeu, dentre as novas ações ordinárias da BRF Brasil Foods S.A (emitidas em aumento de capital social, 465.493 ações (relativas às suas 3.500.000 ações

ON da Sadia SA) e 15.182 ações (relativas às suas 114.153 ações PN da Sadia SA), num total de 480.675 novas ações ordinárias da BRF, sendo o seu valor unitário R\$39,32 e total R\$18.900.141,00 (produto da multiplicação do número de ações recebidas - 465.493 + 15.182 = 480.675 pelo preço unitário destas - R\$39,32);

19. Portanto, o ganho de capital auferido pelo contribuinte foi R\$9.715.092,89 (R\$18.900.141,00 - R\$9.185.048,11);

20. O imposto de renda devido pelo contribuinte em relação a este ganho de capital é R\$1.457.263,93 (R\$9.715.092,89 x 15%);

21. O Extrato de Movimentação das Ações da BRF, por esta empresa fornecido, quando da Diligência sob o MPF-D nº 06.1 85 00-2012-00029-9. confirma a quantidade de ações ordinárias desta empresa, subscritas pelo contribuinte, mediante a conferência de suas ações ordinárias e preferenciais da Sadia SA, no evento de incorporação de ações;

22. DA MULTA

23. Foi aplicada a multa de ofício mediante a lavratura do auto de infração.

DA IMPUGNAÇÃO

O contribuinte apresentou impugnação em 28/03/2014 (fls. 666 a 728), na qual alega, em síntese, que:

1. a incorporação de ações possui características próprias que a diferenciam de outros institutos;

2. a incorporação de ações não se confunde com alienação pois: a incorporação de ações é uma operação neutra, não havendo aumento patrimonial e na incorporação de ações não há manifestação de vontade pelos acionistas;

3. não há hipótese de incidência prevista para o caso de incorporação de ações;

4. não há IRPF nas operações de permuta sem torna, operação que mais se assemelha a incorporação de ações;

5. Em razão de o ganho de capital ser apurado pelo regime de caixa, não poderia prosperar o auto de infração, pois o suposto ganho nunca foi percebido pelo Impugnante;

6. O Impugnante possuía parte das ações da SADIA desde 1983, sendo assim, quando da revogação do Decreto-lei 1.510/76, seu direito subjetivo à isenção do IRPF incidente sobre o ganho de capital decorrente da alienação desta participação societária tornou-se um direito adquirido;

7. O valor do principal apurado é insubsistente, pois o contribuinte registrou as ações da HFF em sua DIRPF pelo

mesmo custo de aquisição das ações da SADIA anteriormente detidas. A DRJ deve considerar como custo unitário das ações da HFF o custo unitário das ações da SADIA, a saber, R\$ 2,544990 e não R\$ 1,000000;

8. Não pode ser aplicado juros de mora sobre a multa de ofício;

Assim, solicita:

1. Que seja acolhida a impugnação e cancelado o auto de infração;

2. Caso o pedido acima não seja acolhido, requer que seja considerado isento do IRPF supostamente incidente sobre parcela do ganho de capital decorrente da suposta alienação das ações adquiridas até 1983 e respectivas bonificações; Seja retificado o auto de infração para que o suposto ganho de capital decorrente da incorporação de ações seja calculado com base no custo efetivo das ações HFF pertencentes ao Impugnante, corrigido conforme levantamento contábil apresentado e sejam afastados os juros de mora sobre a multa de ofício, por manifesta ilegalidade;

3. Protesta provar o alegado por todos os meios de direito e, caso a DRJ entenda necessário, protesta, em especial, pela realização de diligências ou perícia contábil para comprovar o custo efetivo do investimento na HFF;

A DRJ de origem entendeu pela improcedência da impugnação apresentada pelo contribuinte. Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário às fls. 1094/1171, reiterando as alegações expostas em impugnação.

Em razão do entendimento, indeferiu-se o pedido de perícia e julgou improcedente a impugnação, negando os pedidos de incorporação de ações, do custo de aquisição, dos juros sobre a multa de ofício, da isenção do decreto lei 1.510/76, bem como do pedido de aplicar as operações de permuta na de incorporação de ações.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Conforme podemos verificar no presente caso a autoridade lançadora ao analisar a operação realizada pelo contribuinte, entendeu como sendo uma alienação em sentido amplo que gerou ganho de capital tributado pelo imposto de renda.

A incorporação de ações é uma figura típica do direito societário, cuja previsão legal encontra-se no artigo 252, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei de S/A”)¹

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 arts. 224 e 225.(...)”

A esse respeito, ensina Daniel Kalansky² que a operação de incorporação de ações, por outro lado, conforme estabelecido no art. 252 da Lei das S.A, é aquela em que, por decisão adotada pela maioria de votos dos acionistas das companhias nelas envolvidas, todas as ações de emissão de uma delas são compulsoriamente transferidas em aumento de capital da outra, sem que ocorra a extinção de qualquer das respectivas sociedades e sem que venha a ser cancelada uma só ação de emissão da companhia, que, em virtude da operação, torna-se subsidiária integral da outra.

Como não decorre da incorporação de ações, a extinção da sociedade que se torna subsidiária integral da outra, esta mantém na sua integridade o patrimônio de que era titular antes da realização da operação, razão pela qual seus ativos permanecem, continuando responsável pela solução de suas obrigações.

Assim, a sucessão não ocorre na incorporação de ações, uma vez que a sociedade cujas ações são incorporadas continua existindo com personalidade jurídica distinta.

Diferentemente na incorporação de ações, todas as ações de emissão de uma companhia são transferidas compulsoriamente para outra sociedade, em aumento do seu capital social, de forma a transformar a primeira sociedade em subsidiária integral da segunda.

Apenas com a particularidade de que permanece existindo como pessoa jurídica, que continua titular de todos os seus ativos, permanecendo obrigada a liquidar os seus passivos sem que haja sucessão de direitos e obrigações entre as sociedades envolvidas na operação”

A incorporação de ações, quando aprovada pelas sociedades, autoriza o aumento do capital social da incorporadora, com as ações da companhia cujas ações serão incorporadas. Como consequência, haverá a substituição, no patrimônio dos acionistas da incorporadora por ações emitidas pela incorporadora, tratando-se, portanto, de uma mera sub-rogação real.

Trata-se simplesmente de um mecanismo criado para converter uma companhia em subsidiária integral de outra, sem que haja transferência do patrimônio ou extinção da companhia cujas ações foram incorporadas. É o que se confirma na leitura da exposição de motivos do PL nº 196/76, que originou a Lei das S/A, *in verbis*:

²Incorporação de Ações, Editora Saraiva, págs 36 a 38.

“A incorporação de ações, regulada no art. [252], é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica – tal como na incorporação de uma companhia por outra – em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporada de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação. Em compensação, para evitar que a subsidiária integral possa servir de instrumento para prejudicar acionistas minoritários da companhia controladora, o art. 254 assegura direito de preferência para a aquisição ou subscrição de ações do capital da subsidiária integral” (Grifamos)

Como se nota, de plano, a incorporação de ações é um instituto jurídico que tem suas características e tipificação legal próprias, que não deve ser confundido com outras figuras legais existentes, em especial, com incorporação de sociedade ou com a alienação de bens.

Com efeito, oferecendo guarida ao requerimento do contribuinte, transcrevo parte do voto do Conselheiro Pedro Anan Junior, exarado nos autos do processo nº 10880.721059/2013-53, Acórdão nº 2202-002.980, o qual peço vênua para transcrever e adotar como razões de decidir, *in verbis*:

As diferenças entre a incorporação de ações e a alienação de bens tornam-se ainda mais claras quando se examinam as lições de Nelson Eizirik que aduz:

“(…) Ainda que a incorporação de ações não acarrete a transferência de controle da incorporada, não é obrigatória a oferta pública por alienação de controle (OPA). Para que se caracterize a alienação de controle acionário, para os efeitos da Lei das S.A., é necessária a presença cumulativa dos seguintes elementos: (i) que da operação resulte o aparecimento de um terceiro como novo acionista controlador; (ii) que a transferência de controle apresente caráter oneroso; e (iii) que tenha ocorrido a transferência da totalidade ou de parte das ações pertencentes ao antigo controlador.

Como no caso da incorporação de ações inexistente transferência de ações do antigo para o novo controlador, não se caracteriza a alienação do controle acionário, não sendo obrigatória a formulação da OPA. A operação de incorporação de ações, aliás, é inteiramente incompatível com o instituto da oferta pública, pois, uma vez concluída a incorporação, os acionistas da incorporada já são acionistas da incorporadora. (…)” (Grifamos)

Como se verifica, para que ocorra a alienação de ações, determinados elementos básicos devem ser verificados de forma cumulativa: (i) aparecimento de um terceiro como novo acionista controlador; (ii) que a transferência de controle em caráter oneroso; e (iii) que tenha ocorrido a transferência da totalidade ou de parte das ações pertencentes ao antigo controlador.

Todavia, no caso de uma incorporação de ações, tais elementos não se verificam, pois operação consiste em um negócio jurídico entre duas sociedades, a incorporadora e aquela que terá suas ações incorporadas (e não com os acionistas desta última). Ademais, verificamos que a incorporada subsistirá como subsidiária integral da primeira; e que como consequência da operação, os acionistas da empresa incorporada têm substituídas as antigas ações por ações da

incorporadora, independentemente de sua vontade, por força do negócio celebrado entre incorporadora e incorporada.

Por essa razão, a própria CVM já se manifestou acerca da natureza jurídica da incorporação de ações através do Processo Administrativo CVM nº RJ 2010/13425, cujo teor embasou, inclusive, o PARECER PGFN/CAS/Nº 253/2013, no qual ficou sedimentado o entendimento de que referida operação tem a função de criar uma subsidiária integral, não se confundindo, sequer, com instituto com aumento de capital com conferência de bens, vejamos:

“O objetivo da operação de "incorporação de ações" é de unificar, em seus aspectos econômicos, duas sociedades, sendo a subsidiária sempre revestida da forma de sociedade anônima, conforme caput do art. 251, e também a sociedade controladora, sem a absorção e extinção da incorporada, como ocorre na incorporação de sociedade, preservando suas personalidades jurídicas e seus patrimônios distintos. De qualquer forma, a sua criação não poderá ser utilizada de maneira a excluir o poder de fiscalização da minoria acionária.

Diferentemente da figura de aumento de capital com subscrição em bens, no caso as ações da companhia controlada, em que se exigiria, de forma individual, a participação de cada acionista dessa sociedade no aumento de capital da controladora, a "incorporação de ações" é compulsória e determinada pela maioria do capital votante de cada uma das companhias envolvidas em deliberação assemblear.” (Cf. Voto do Diretor Eli Loria) (Destacamos)

Assim a operação de incorporação de ações não visa à mutação patrimonial do proprietário das ações, mas sim a unificação econômica de duas empresas. Neste contexto, o proprietário da empresa que teve suas ações incorporadas passará a ser titular das ações da empresa incorporadora, em outras palavras, haverá uma mera substituição das ações detidas, por meio de uma sub-rogação real.

É nesse sentido que ensina JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA:

‘Os acionistas da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, participam da reunião da Assembleia Geral da companhia no exercício da função de membros desse órgão social. Não praticam ato de disposição das ações como elementos de seus patrimônios e a incorporadora não adquire as ações por efeito de alienação, quer da companhia cujas ações devam ser incorporadas, quer dos seus acionistas: as ações incorporadas são substituídas por ações da incorporadora por subrogação real – como efeito legal do negócio jurídico societário de incorporação de ações.’(Direito das Companhias, Rio de Janeiro, Forense, v. II, ed. de 2009, p. 1994)

Desta feita, não pairam dúvidas acerca da natureza e dos efeitos da incorporação de ações. Tendo em vista se tratar de uma mera substituição de ações, não há elementos capazes de torná-la ou equipará-la a uma alienação, sendo sua natureza, efetivamente de subrogação real.

Destaque-se, aliás, que a própria Receita Federal do Brasil, por meio do Parecer Normativo CST nº 39/81, reconheceu a procedência da caracterização da sub-rogação real de títulos patrimoniais de uma sociedade pelas suas respectivas ações. Vejamos:

“3.2 – Como define PEDRO NUNES, a sub-rogação real ocorre no caso de substituição de uma coisa por outra, que fica em lugar da primeira com a transferência implícita, para o sub-rogado, de todos os direitos e ações do sub-

rogante (Dic. Técn. Jurídica). Por outras palavras, um bem fica no lugar do outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser, em qualquer momento, universalidades, como ocorre nos casos mencionados de fusão, incorporação e cisão.

4. Deduz-se, daí, que o direito obtido em subscrição ou aquisição não se extingue com as citadas operações, mas, ao contrário, mantém-se em relação ao patrimônio que absorveu o primitivo. Desta forma, **as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas novamente ‘subscritas ou adquiridas’**, donde dever ser contada como data inicial do quinquênio aquela indicada no ar. 4º, ‘d’, do DL n. 1510/76.” (Grifou-se.)

Outro ponto que reforça a distinção entre a incorporação de ações e uma alienação reside no elemento volitivo. Em uma incorporação de ações não há manifestação de vontade por parte dos acionistas, mas sim apenas pelas sociedades envolvidas, não há dúvidas de que a incorporação de ações não se confunde com qualquer espécie de alienação de ações pelos acionistas, seja em sentido restrito, seja em “sentido amplo”.

Na incorporação de ações, o acionista não pratica nenhum ato ou negócio jurídico em seu nome, sendo possível, inclusive, que a Assembleia Geral aprove deliberação da qual determinado acionista discorde;

Ora, como podemos afirmar que alguém alienou algo se, nem sequer, teve o direito de manifestar sua vontade acerca da operação? Toda e qualquer alienação pressupõe a vontade do alienante o que, claramente, não ocorre na incorporação de ações.

A irrelevância da vontade dos acionistas na operação de incorporação de ações também foi analisada por SACHA CALMON NAVARRO COELHO³, que, igualmente, sustenta, com base nesse aspecto, a impossibilidade de se confundir esse instituto jurídico com a figura jurídica da alienação de ações:

*“(…) na incorporação de ações, o contribuinte pessoa física **não pratica qualquer ato; não vende, nem aliena as suas ações**. Quem pratica todos os atos são as pessoas sociais (pessoas jurídicas envolvidas), motivo pelo qual os sócios pessoas físicas, **independentemente de terem aprovado a operação ou dela discordado na assembleia de acionistas que a aprovou**, limitar-se-ão a modificar, nas respectivas declarações de bens, a qualificação da participação, que antes era na incorporada e agora passa ser na incorporadora” (Os destaques são nossos)*

Desta maneira, ausente a manifestação de vontade por parte do acionista, é juridicamente impossível a caracterização de um negócio jurídico de alienação de ações, que, intrinsecamente, depende da vontade dos acionistas.

Como se vê, a ausência do elemento volitivo, por parte dos acionistas, é determinante para afastar o entendimento de que, na incorporação de ações, estas seriam objeto de alienação pelos acionistas. Sobre o assunto, destaca-se o entendimento de JOSÉ ANTÔNIO MINATEL:

³ Lei das S/A. Art. 252 (...)§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo **voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto**, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230” (Grifou-se.)

“Como se viu, essa troca dos títulos representativos do investimento é fruto da deliberação das sociedades envolvidas e não de seus sócios, circunstância que contribui para afastar qualquer tentativa de caracterizar o negócio jurídico como alienação de participação societária, seja ele implementado como ‘incorporação de sociedades, ou como mediante ‘incorporação de ações’”⁴ (Os destaques são nossos)

Não obstante as questões retro mencionadas, outro elemento a ser considerado para a análise do caso em questão reside na ausência de transferência de patrimônio líquido entre sociedade. Quando se analisa uma operação desta natureza, nota-se que não há incorporação ou extinção da sociedade cujas ações serão incorporadas, ou seja, as sociedades envolvidas na operação permanecem com sua personalidade jurídica autônoma e com patrimônios próprios, não ocorrendo qualquer sucessão universal de bens, direitos e obrigações. Sobre o assunto, são pertinentes as seguintes considerações de ALBERTO XAVIER⁵:

“[Na incorporação de ações] Não ocorre a transmissão de um patrimônio líquido global, como universalidade, mediante sucessão a título universal, mas simplesmente uma operação que tem por objeto não a totalidade de um patrimônio, mas tão somente a totalidade das ações do capital de uma companhia pré-existente.

Não corre também a extinção da sociedade cujas ações são objeto da ‘incorporação’ a que se refere o art.252, precisamente porque a operação tem o objetivo oposto de manter a expectativa de personalidade jurídica, pressuposto lógico necessário da conversão da sociedade pré-existente em subsidiária integral da ‘companhia incorporadora’ das ações

Como se nota, a operação, além de não se confundir com uma alienação de ações, também não pode ser equiparada de forma alguma a outras figuras típicas societárias, tais como a fusão ou a incorporação de sociedades.

Desta forma, temos, de forma clara e inequívoca, a incorporação de ações como uma figura típica própria, de sorte que, equipará-la a uma alienação e pretender tributar seus supostos resultados, implicaria o emprego de analogia, o que é terminantemente rechaçado em matéria tributária, por constituir ofensa ao princípio da legalidade que rege no ordenamento.

Estávamos diante da violação do princípio da legalidade e da tipicidade tributária previstos no inciso I, artigo 150 da CF⁶, pois a norma deve definir claramente o fato gerador do tributo, não podendo se aplicar a analogia para esse fim, o que está expressamente proibido pelo artigo 108 do CTN⁷.

⁴ MINATEL, José Antonio. “Incorporação de Ações e Regime Tributário”. In: ANAN JR., Pedro. *Planejamento Fiscal*. Volume VIII. Análise de Casos. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 645.

⁵XAVIER, Alberto. “Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário”. In: CASTRO, Rodrigo Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Sociedade Anônima – 30 anos de Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.122.

⁶Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
(...)

⁷Artigo 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;
II - os princípios gerais de direito tributário;
III - os princípios gerais de direito público;
IV - a equidade.

A utilização da analogia para fins tributários no preenchimento de lacunas por parte do Fisco ou do contribuinte pode ser admitida desde que não resulte em cobrança de tributo não previsto pela norma legal.

Gostaria de destacar que o antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e o Poder Judiciário por várias ocasiões já se manifestaram a respeito do assunto, vedando a aplicação da analogia para fins tributários que tenham, por consequência, exigência de tributo não previsto em lei⁸.

O princípio da legalidade em matéria tributária, nas palavras de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO⁹, “implica o princípio da tipicidade, que tem como caracteres a observância de numerus clausus (vedação à utilização de

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

⁸ “ACÓRDÃO 103-20.498

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ALÍQUOTA MAJORADA - CORRETORAS DE SEGURO - Em prestígio à estrita legalidade, certeza e segurança jurídica, as corretoras de seguro não podem ser equiparadas aos agentes autônomos de seguro, tendo em vista tratar-se de pessoas jurídicas submetidas a diferentes regimes e institutos jurídicos, revestindo-se cada uma das atividades de natureza e características específicas, **sendo vedado o emprego de analogia para estender o alcance da lei**, no tocante à fixação do polo passivo da relação jurídico-tributária, a hipóteses que não esteja legal e expressamente previstas. Recurso provido. Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário.” (grifo nosso)

“ACÓRDÃO 201-73825

ANALOGIA - PRODUTOS NÃO SUJEITOS AO SELO DE CONTROLE - **Não se pode usar analogia, conforme estabelece o artigo 108 do CTN**, para a cobrança do IPI com base em dispositivos legais relativos a selo de controle, quando o produto não se encontra sujeito a esse tipo de controle. Recurso de ofício a que se nega provimento.” (grifo nosso)

“ACÓRDÃO 104-15.653

IRPJ - EQUIPARAÇÃO - Legalmente incabível a equiparação a pessoa jurídica, para efeitos tributários, do exercício individual de ocupações e prestação de serviços não comerciais reconhecidos como tais pelas próprias autoridades lançadora e julgadora (DL n.º 5.844/43, artigo 6º, b).IRPJ - **A tipicidade cerrada do fato gerador e a estrita legalidade são impeditivas a interpretações da legislação para a efetivação ou sustentação de lançamento tributário em condições ou circunstâncias legais e expressamente não autorizadas, sendo, neste contexto, incabível o emprego de analogia (C.T.N., artigo 108, § 1º).**Recurso provido.” (grifo nosso)

“TRF - AMS0120904-7/93 16.12.1997

EMENTA: Constitucional Tributário. Imposto Sobre Operações Financeiras. Incidência sobre Depósito Judicial. Ilegalidade da Instrução Normativa N. 62, Do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, de 19.04.1990. Lei N. 8.033, De 12.04.1990, Artigo 1., I. Ilegitimidade do Gerente do Posto da Caixa Econômica Federal Na Justiça Federal. Decreto-Lei 2.471/88, Artigo 3. 1. Competindo a Receita Federal a arrecadação e fiscalização do Imposto Sobre Operações Financeiras, e legítima a presença do Delegado da Receita Federal nas Ações Mandamentais em que se discute a exigibilidade deste tributo, não o sendo, entretanto, o Gerente da CEF, mero executor material do ato hostilizado.

(...)

3. O emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei (CTN, artigo 108, i, c/c o seu parágrafo 1.).4. apelação da CEF a que se dá provimento para excluir seu preposto. 5. apelação da união federal e remessa oficial improvidas.”

“TRF - REO0419617-3/92 05.10.1995

EMENTA: TRIBUTARIO. LEI-7713/88, ART-51. IMPOSTO DE RENDA. REPRESENTANTES COMERCIAIS. MICROEMPRESA.

1.A representação comercial não é assemelhada a corretagem, pois não exige habilitação profissional e entre o representante e o representado se estabelece um vínculo de caráter não eventual.

2. O art-108, par-1 veda o emprego da analogia que resulte na exigência de tributo não previsto em lei.

(...)” (grifo nosso)

⁹Curso de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 1997, p. 2

analogia e à criação de novas situações tributáveis), taxatividade (enumeração exaustiva dos elementos necessários à tributação), exclusivismo (elementos suficientes), determinação (conteúdo da decisão rigorosamente prevista em lei), na temática de Alberto Xavier.”

Como se percebe, como corolário da legalidade vigora ainda no país como mencionamos, o princípio da tipicidade cerrada. ROQUE CARRAZZA¹⁰ nos explica que os mesmos:

"[...] como que fecham a realidade, não podendo ser alargados por meio de presunções, ficções, ou meros indícios. Inadmissível que o agente fiscal abra aquilo que o legislador, atento aos ditames constitucionais, cuidadosamente restringiu. afinal, o afã arrecadador não legitima o arbítrio."

Ambos os princípios, o da tipicidade cerrada e o da estrita legalidade aplicam-se para garantir o respeito a um sobreprincípio, qual seja, o da segurança jurídica. A segurança jurídica é um dos que pilares do nosso ordenamento jurídico, assim como de qualquer Estado democrático de direito, garantindo aos membros da sociedade a certeza do direito, previsibilidade das situações jurídicas.

Em resumo, a única conclusão a que podemos chegar é que somente pode ser tributado um fato jurídico que corresponda perfeitamente ao tipo previamente descrito no antecedente da regra matriz de incidência tributária. A tipicidade é, em última instância, uma garantia da legalidade e da segurança jurídica, pois impede que a administração tributária aja ao seu bel prazer, criando e tributando fatos jurídicos tributários não previstos na legislação.

No caso em tela, não estando a operação de incorporação de ações sujeita como fato gerador de ganho de capital tributável, não pode a autoridade lançadora entender dessa forma.

Esse assunto já foi objeto de análise pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, através do Acórdão nº 106-17.104, conforme podemos verificar na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004

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, a contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão

¹⁰ Imposto Sobre a Renda: Perfil Constitucional e Temas Específicos. São Paulo: Malheiros Editora, 2005. p. 442

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 voluntário provido.

O voto do relator no caso o conselheiro Gonçalo Bonet Allaje é esclarecedor sobre o tema:

Embora, em um primeiro momento, este julgador estivesse inclinado a concluir que a exigência fiscal é procedente, quer-me parecer que o caso em apreço não se enquadra nas previsões do artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e do artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, de modo que a decisão de primeira instância merece ser reformada.

Sob minha ótica, "incorporação de ações" não se confunde com "incorporação de sociedades" nem tampouco com "subscrição de capital em bens" e, portanto, inexistente fundamento legal que dê sustentação ao lançamento.

Passo a explicar, brevemente, este ponto-de-vista.

Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela.

Já pela figura da incorporação de ações, transmite-se a totalidade das ações (e não do patrimônio), sendo que a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem, obviamente, 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, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

Por sua vez, a subscrição de capital em bens é ato de alienação praticado entre o sócio e a empresa, por intermédio do qual um bem que fazia parte do patrimônio do acionista passa a fazer parte do patrimônio da pessoa jurídica. Em contrapartida, ele recebe ações da do capital da empresa.

O artigo 23 da Lei nº 9.249/95 trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens.

Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária, entendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88.

Não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5º, inciso II, com o artigo 37 e com o artigo 150, inciso I, todos da Constituição Federal, ao que se soma o artigo 97, incisos I e III, e § 1º, do Código Tributário Nacional — CTN, somente a lei pode instituir ou majorar tributos, bem como definir o fato gerador da obrigação tributária.

É exclusividade de lei determinar a hipótese de incidência tributária e seus elementos quantitativos — base de cálculo e alíquota.

Apenas a lei pode fixar as situações que, ocorridas no mundo fático, geram a obrigação de pagar tributo e o *quantum debeatur*.

(...)

Salvo engano, a figura da incorporação de ações está contemplada com benefício semelhante, embora não expresso; àquele previsto no artigo 121, inciso II, do RIR199, segundo o qual não se sujeita à apuração de ganho de capital tributável a permuta de unidades imobiliárias sem recebimento de torna.

Tal regra estabelece o regime de caixa para as pessoas físicas e, inquestionavelmente, o sujeito passivo não recebeu nenhum numerário com a incorporação das ações da Insol ao capital social da MSB.

Haverá ganho de capital, sim, quando a contribuinte alienar, por valor superior ao custo de aquisição, a participação societária recebida em razão da incorporação de ações ora apreciada.

Gostaríamos de destacar que essa decisão foi objeto de recurso especial por parte da Procuradoria de Fazenda, e foi reformada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, por voto de qualidade, conforme ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Exercício: 2005

IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - GANHO DE CAPITAL.

As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital.

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.

A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital.

Recurso especial provido

Gostaria de destacar trechos do voto do conselheiro Elias Sampaio Freire que levaram a fundamentar o voto que foi acolhido pelo voto de qualidade pela CSRF:

Aliás, parcela da doutrina entende que na incorporação de ações há uma transferência de bens (no caso, ações), em realização de capital da incorporadora, acarretando a incidência de imposto sobre o ganho de capital.

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 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 assembléias, 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) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável(...)"

De acordo com a legislação tributária, as operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital e, as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado e, se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital, nos termos em que dispõe o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, *in verbis*:

(...)

Ademais, não merece prosperar o entendimento que só há a obrigação de reconhecer eventual ganho de capital na operação de substituição de ações quando houver fluxo financeiro ou circulação de valores.

O fato de o sujeito passivo não ter recebido nenhum numerário não afasta a hipótese de incidência prevista no artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, que prevê justamente a tributação em situação em que, apesar de não haver recebimento de numerário, a pessoa física transfere a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos em valor superior ao constante da declaração de bens.

Recentemente o CARF ao analisar novamente a matéria, entendeu que não haveria a figura do ganho de capital tributável pelo Imposto de Renda na Incorporação de ações, através do Acórdão nº 2202-002.000, proferido pela 2ª Câmara, da 2ª Turma Ordinária, da 2ª Seção:

“OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. DELIBERAÇÃO POR CONTA DAS PESSOAS JURÍDICAS ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DE GANHO DE CAPITAL NA PESSOA FÍSICA DOS SÓCIOS.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, **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.**”

Vejamos o que dispõe o voto esclarecedor do relator no caso o conselheiro Nelson Mallmann acerca da questão:

“Não há dúvidas de que a essência da incorporação de ações é a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral de outra, mediante a transferência compulsória de todas as ações de sua emissão, em aumento de capital, à companhia incorporadora. Essa, por sua vez, passa a ser a única e integral titular das ações da companhia incorporada.

Em relação aos acionistas, em substituição às ações transferidas compulsoriamente à incorporadora, os acionistas da sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas recebem ações da incorporadora, operando-se a união dos acionistas de ambas as companhias na companhia incorporadora, com a manutenção da personalidade jurídica e do patrimônio da sociedade convertida em subsidiária integral.

A subsidiária integral é a sociedade anônima cujas ações são integralmente detidas por outra sociedade anônima brasileira.

(...)

Como visto, a incorporação de ações tem como principais efeitos (i) o aumento de capital da incorporadora, realizado com as ações a serem incorporadas; (ii) a substituição das ações de emissão da sociedade cujas ações serão incorporadas por ações de emissão da incorporadora; (iii) a sub-rogação legal dos acionistas da sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas, nas ações da incorporadora; (iv) a conversão da sociedade cujas ações serão incorporadas em subsidiária integral

da incorporadora; e (v) a unificação das bases acionárias de ambas as sociedades na incorporadora.

Ora, na incorporação de ações não há a alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas da sociedade cujas ações houveram de ser incorporadas, nas ações da incorporadora.

É de se ressaltar, que o protocolo da operação não constitui um instrumento de alienação de ações, mas apenas o meio jurídico pelo qual são estabelecidos os termos da incorporação de ações ajustados entre as companhias.

Da mesma forma é de se ressaltar, que a natureza jurídica da incorporação de ações reside nos efeitos do protocolo da operação sobre os acionistas das sociedades envolvidas, em especial da sociedade a ser convertida em subsidiária integral. Isto porque, não obstante o fato do instrumento de protocolo ser celebrado entre as companhias – vale dizer, sem a participação necessária de seus acionistas – o mesmo produz efeitos não somente sobre as partes do negócio jurídico, mas também sobre seus acionistas, que deverão transferir compulsoriamente suas ações à sociedade incorporadora, uma vez aprovada a incorporação de ações pela maioria dos acionistas das companhias envolvidas. (...)” (os destaques são nossos)

Percebe-se, portanto, que o voto acima mencionado com grande acerto analisa a natureza jurídica da operação para concluir, ao final, não se tratar de uma alienação e que, portanto, não há que se falar na geração de ganhos tributáveis, em linha do que havia decidido o conselheiro Gonçalo Bonet Allaje. Apesar de respeitar o entendimento do conselheiro Elias Sampaio Freire, não comungo do mesmo entendimento.

Por todas essas razões, a conclusão inarredável é que a incorporação de ações não é, nem pode ser equiparada a uma alienação, razão pela qual não cabe falar em incidência de tributos em tal operação.

Assim sendo, qualquer pretensão tributária sobre esse fato decorreria única e exclusivamente do emprego de analogia, o que é, terminantemente, rechaçado em matéria tributária, por constituir ofensa ao art. 108, §1º, do Código Tributário Nacional.

Como vimos, entendemos que as operações de incorporação de ações não podem ser consideradas como alienação ou qualquer outra figura jurídica considerada como tributável pela legislação tributária, razão pela qual descabe qualquer pretensão por parte das autoridades fiscais federais.

Todavia, ainda que se pudesse equiparar a incorporação de ações a uma espécie de alienação em sentido amplo (o que se admite somente para fins de argumentação), não caberia falar em tributação por ausência de acréscimo patrimonial decorrente da operação.

É sabido que a ocorrência do fato gerador de Imposto de Renda depende precipuamente da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e ou de proventos de qualquer natureza, nos termos do que prevê o art. 43 do CTN, in verbis:

“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” (Grifamos)

Desta feita, somente incide o Imposto de Renda quando houver acréscimo patrimonial. Assim, no caso das operações de incorporação de ações, deve-se definir o momento em que se deve considerar adquirida a disponibilidade econômica ou jurídica sobre a suposta variação patrimonial positiva decorrente operação de incorporação de ações.

*A esse respeito RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA¹¹ defende que, para que determinado ganho se torne efetivo, para fins de incidência de imposto de renda, é necessário que o respectivo investimento seja **efetivamente negociado**, nos seguintes termos:*

“Enfim, a realização significa que um acréscimo patrimonial se tornou efetivo, sempre instantaneamente, embora muitas vezes as causas geradoras do aumento tenham se formado antes, num único instante ou ao longo do tempo.

Por exemplo, quando se adquire um bem por valor inferior ao que ele efetivamente vale no mercado, a compra assim feita acrescenta um valor ‘escondido’ (latente, não declarado nem contabilizado) de acréscimo patrimonial, que se diz ‘não realizado’ porque, **para se tornar efetivo, depende da realização de um novo negócio pelo qual aquele ganho potencial se tornará efetivo e ‘realizado’**, isto é, o acréscimo patrimonial depende de uma venda por valor superior ao da aquisição.

Neste caso, o ganho de capital ocorrido e ‘realizado’ nesta segunda operação já estava latente e potencial no patrimônio da pessoa desde o ato de compra do bem, mas **dependia, primeiramente, de não haver uma reviravolta na sua cotação de mercado, e, em segundo lugar, da sua efetivação (concretização atual) pela venda a preço maior do que o da compra, a conclusão satisfatória do negócio.**

Assim, somente pela venda e pela aquisição da disponibilidade jurídica sobre o ganho, embutido no preço da venda, ocorre a realização da renda. E, antes disso, **não há o que tributar.**” (Grifamos)

Desta feita RUBENS GOMES DE SOUSA¹² definia o conceito de renda, para fins de Imposto de Renda, como acréscimo patrimonial que pode ser consumido ou reinvestido, nos seguintes termos:

“Em outras palavras “renda é, para efeitos fiscais, o acréscimo patrimonial líquido verificado entre duas datas predeterminadas. Nesta última frase, a palavra chave é “acrécimo”: com efeito, a característica fundamental da renda (termo genérico que, como vimos, inclui a espécie “lucro”) é a de configurar uma **aquisição de riqueza nova que vem aumentar o patrimônio que a produziu e que pode ser consumida ou reinvestida sem o reduzir**” (Grifamos)

No mesmo sentido, BULHÕES PEDREIRA¹³ defende que não há disponibilidade sobre renda, para fins de Imposto de Renda, antes da efetiva “realização” do respectivo investimento:

¹¹OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 374.

¹²SOUSA, Rubens Gomes de. “Pareceres-I Imposto de Renda”. Ed. Resenha Tributária, 1975, p 66.

“A aquisição de renda financeira não consiste no fato jurídico da aquisição de direitos patrimoniais, mas na disponibilidade do objeto desses direito, que é a moeda ou valor em moeda (v. obs. 1 ao n.110). Se os direitos recebidos na troca são dinheiro não há dúvida de que o lucro está realizado. **Mas se não têm valor em dinheiro determinável com precisão, ou não podem, com facilidade, ser convertidos em dinheiro, ainda não há lucro real ou efetivo.** É o caso, por exemplo, de permuta de um bem por outro cuja realização em dinheiro, ou em direitos com liquidez, depende de nova troca no mercado. Nesse caso não há realização do lucro potencial, mas sua transferência de um bem para outro.” (Grifamos)

Como se conclui, a disponibilidade jurídica ou econômica da renda somente se verifica quando o contribuinte verificar um ganho, cujo valor é determinado ou determinável, cuja liquidez pode ser auferida. Não cabe falar em disponibilidade no caso de ganho potencial, que não seja economicamente mensurável.

É o que se pode concluir das lições de JOSÉ ARTHUR LIMA GONÇALVES:

“Outro ponto, sobre o qual parece não haver dúvida séria, diz respeito ao conteúdo mínimo do conceito de renda como sendo categoria que corresponde a um acréscimo, um algo mais, um aumento, e tudo isto constatado ao cabo de um dado período considerado. E este acréscimo – que é economicamente mensurável – é precisamente o elemento que manifesta a capacidade contributiva de quem o percebe, e por isso a titula – a capacidade contributiva.”

Assim, tanto a legislação, quanto a doutrina, consagraram como fato imponível para fins de imposto de renda, a aquisição de riqueza nova, de majoração de patrimônio

Somente é tributável o ganho, quando este for realizado. Aliás, este é o entendimento que se encontra plasmado na legislação base do Imposto de Renda, consoante se verifica na Exposição de Motivos do Ministério da Fazenda do projeto do Decreto-lei 1.598/1977:

“(…) o presente (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 para suportar o ônus tributário” (Grifamos)

Assim, considera-se o ganho como realizado quando o contribuinte tiver condições financeiras de suportar o respectivo ônus tributário, o que justifica, por exemplo, a não tributação de ganhos potenciais. A tributação somente tem o condão de alcançar fatos nos quais ocorre a transformação de ativos em moeda.

Ressalte-se que a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em ocasiões anteriores já entendeu de maneira semelhante, manifestando-se sobre a inexistência de disponibilidade sobre a renda nos casos de variação positiva de participação societária não realizada.

Nesse sentido, ao analisar a questão referente à tributação da permuta de ações, a PGFN concluiu, no Parecer PGFN nº 970/91, que em matéria de tributação da variação positiva de participação societária, somente há renda tributável no momento da efetiva negociação das ações, e não na sua permuta. Vejamos:

¹³ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda – Pessoas Jurídicas*. Volume I Rio de Janeiro: Editora Justec, 1979, p. 281.

“15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca, creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e própria base de cálculo.

(...)

16. É evidente que **o momento não seria aquela da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada**. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).

17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, **não haveria disponibilidade líquida do contribuinte**, e, em consequência, naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois **a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada**; evidentemente não é a hipótese sob exame.” (Grifamos)

Posteriormente, a PGFN, no Parecer PGFN nº 454/92, reiterou que antes da negociação da participação societária não há incidência de Imposto de Renda, acrescentando que o valor atribuído aos bens permutados não corresponde aos seus respectivos preços, tendo em vista tratar-se de mera substituição de bens, e não da sua compra e venda. Confira-se:

20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou Pontes de Miranda, na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro, conseqüentemente inexistente fato gerador do tributo. Poder-se-ia dizer, no caso da permuta, sem torna de dinheiro, que o momento da incidência seria deferido no tempo.

21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio A sua tributação configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Não existe lei mandando cobrar imposto na permuta de bens, não onerosa Ainda que existisse tal diploma legal, seria fulminado pelo vício insanável da inconstitucionalidade.

(...)

Ressalta notar que na permuta pura e simples os contratantes não são movidos pelo valor monetário ou, em outras palavras, preço dos bens envolvidos, mas sim pelo caráter hedonístico, ou seja, o valor intrínseco de utilidade que os bens permutados terão para cada uma das partes individualmente. É por isso que a doutrina afirma que em cada um dos patrimônios, o que ocorre é mera substituição de um bem de uma natureza por outro de natureza diferente, independente de qualquer referência a preço de mercado, seja este amplo e aberto ou restrito e dirigido como ocorre no leilão.”(Grifamos)

Como se pode concluir, a PGFN, em seus pareceres, concluiu de maneira irretocável e com clareza ímpar, que não incide tributo nas situações de troca de ativos, seja pela ausência de disponibilidade sobre renda, seja porque referidas operações não tem cunho monetário, na medida em que, nelas, considerara-se somente o valor intrínseco da utilidade dos bens permutados (e não o seu preço).

As conclusões dos pareceres da PGFN se aplicam integralmente às operações de incorporações de ações, pois nelas verificamos, tanto a ausência de preço quanto a não manifestação da vontade individual dos acionistas, de forma que podemos considera-la como uma troca de ativos sem cunho monetário, incapaz de gerar, de per si, acréscimo patrimonial.

O grande acerto dos pareceres da PGFN baseia-se no fato de que, nas operações de trocas de ativos, por não haver um ganho efetivo, qualquer exação imposta acabaria por atingir o patrimônio do contribuinte, o que, claramente fere todos os princípios que balizam a incidência do Imposto de Renda.

Diante do exposto podemos concluir que a incorporação de ações realizada pelo contribuinte:

- é uma figura jurídica prevista na Lei das S/A, especificamente em seu artigo 252;

- não pode ser equiparada a uma alienação de bens ou incorporação de sociedades, tendo em vista que não há liquidação das sociedades envolvidas na operação, apenas, havendo uma mera subrogação de direitos, entre as sociedades envolvidas na operação; e,

- não está sujeita ao imposto de renda tendo em vista que não há fato gerador tributável no momento da sua realização, pois não há disponibilidade jurídica e econômica de renda ou efetivo acréscimo patrimonial.

Desta forma, entendo que o recurso do contribuinte deve ser provido."

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Redator designado.

Inobstante o bem fundamentado voto do Ilustre Relator, peço vênias para divergir, pelas seguintes razões.

Do Ganho de Capital nas Incorporações de Ações

A Lei nº 7.713/88, em seu art 3º, assim dispõe sobre a tributação sobre o ganho de capital:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer

natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

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

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Pela leitura do dispositivo acima, observa-se que, seja qual for o negócio jurídico, as operações que importem em transferência de titularidade de qualquer bem ou direito são equiparadas à alienação, conforme rol exemplificativo do texto legal.

Na operação de incorporação de ações, uma companhia incorpora a totalidade das ações de outra, sendo que esta última não é extinta, continuando a ter direitos e obrigações. A incorporadora passa a ser a única acionista da companhia cujas ações forem incorporadas. Não há incorporação, portanto, de uma sociedade pela outra, mas de elemento patrimonial, representado pelas ações incorporadas, cujos títulos farão parte do ativo da incorporadora. Desse modo, da incorporação das ações de uma pessoa jurídica por outra resulta um aumento patrimonial do sócio que figura em ambas as sociedades e que teve a sua participação societária valorizada, conforme laudo de avaliação realizado quando da incorporação.

Peço vênia para transcrever excerto do voto condutor do Acórdão nº 2202-002.980, de 10/02/2015, da lavra do Ilustre Conselheiro Antonio Lopo Martinez, então presidente desta Turma julgadora, cuja discussão é similar a aqui tratada (alienação de ações da HFF Participações S/A e Sadia S/A para a BRF Brasil Foods), o qual adoto também como razões de decidir.

Quando o assunto é a possibilidade de se tributar acréscimo patrimonial decorrente de incorporação por ações, nota-se uma área rica em teses, correntes e doutrinas.

Resumindo, podem ser destacadas algumas teses doutrinárias acerca da natureza jurídica da incorporação de ações. Destacaria entre elas : 1) a tese da sub-rogação real (substituição de ativos); 2) a tese do aumento de capital da incorporadora mediante a conferência de bens e 3) a tese do negócio societário típico.

A tese que prega a natureza de sub-rogação real à incorporação de ações, entende que a mesma como um procedimento de mera substituição, configurando uma sub-rogação real. Este instituto jurídico é definido por Pontes de Miranda como a substituição

jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. O artigo 252 da Lei das S/A seria, ao ver dessa linha de argumentação, a fonte normativa que determina a sub-rogação real.

O ponto fulcral dessa abordagem é de que não haveria manifestação de vontade dos acionistas para a efetivação da operação, de modo que não se poderia equiparar a incorporação de ações à subscrição de aumento de capital com bens. Isso porque a incorporação de ações se daria por acordo entre duas sociedades, sem interveniência de seus acionistas.

Na sub-rogação real pressupõe-se a equivalência de valores entre os bens substituídos. O que há é uma relação de troca com vistas a recompor o patrimônio do acionista que teve seus títulos mobiliários “expropriados”. Nesse sentido a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial para o acionista, não sendo, portanto, fato gerador de ganho de capital.

Outra tese doutrinária, defendida pelo Prof. Modesto Carvalhosa, entende que na incorporação de ações ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Entende que na verdade ocorre um aumento de capital da incorporadora mediante uma dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada, no caso concreto as próprias ações.

Finalmente temos uma última tese doutrinária, respaldada por Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior. Advertem os doutrinadores que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações. Reconhecem, então, que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário. Acrescentam que há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações. Com efeito, nesse instituto há acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda.

Pessoalmente, entendo que essa última teoria aparenta ser mais coerente, atribuindo a incorporação de ações a natureza de negócio jurídico típico do gênero alienação.

Entendo que a integralização de bens da pessoa jurídica 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 negócio 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.

No caso concreto, as ações da sociedade incorporada são transmitidas para a incorporadora, no intuito de realizar o

aumento de capital desta. Há a transferência de propriedade das ações de um acionista para a sociedade. Essa alienação faz jus a um preço, que é adimplido pela recepção pelos acionistas de ações da sociedade incorporadora.

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).

Cabe recordar o que dispõe expressamente o art. 252 da Lei No. 6.404/76, incorporação de ações seria:

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

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

Desse modo não há como afastar o ganho de capital na argumentação, de que os titulares das mesmas, os acionistas, não manifestariam, vontade contratual. Na realidade por deliberação da assembleia geral aprova-se a mesma e existe sempre o direito de retirar-se da companhia.

Não há como se dizer que o ganho de capital decorrente da alienação de ações seria incerto e carente de liquidez. Isso porque o valor tanto das ações incorporadas quanto às entregues aos antigos acionistas da sociedade incorporada são necessariamente submetidas a prévia avaliação (§§ 1º e 2º do art. 252 da Lei das S/A), o que as confere a devida liquidez e certeza.

No caso concreto, tendo em vista que a incorporação de ações é uma espécie de alienação, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital.

O fato gerador do imposto de renda, não se reporta à disponibilidade financeira, mas sim à disponibilidade econômica ou jurídica, que existe desde o momento em que o acionista receber ações da sociedade incorporadora. A partir de quando ele se tornar proprietário das ações, terá disponibilidade jurídica (direito real), além de poder fruir dos valores agregados a elas (disponibilidade econômica).

No plano jurisprudencial, a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais já decidiu no seguinte sentido:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF. Exercício: 2005. IRPF OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES GANHO DE CAPITAL. As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital. 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. A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital. Recurso especial provido.” (grifos acrescidos)

(Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF Segunda Turma Acórdão CSRF/920200.662 Data da Decisão: 12/04/2010 Data de Publicação: 11/06/2010).

Não se pode também desconsiderar a solução de consulta, que reforça a posição aqui esposada:

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 224, DE 14 DE AGOSTO DE 2014

DOU de 22/08/2014, seção 1, pág. 29

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

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

Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 6.404, de 1976, art. 252; Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, arts. 2º, 3º, 16, 27 e 30.

Cabe ainda apontar o entendimento expresso pela Presidência de República quando da análise do Projeto de Lei de Conversão No. 18 de 2014, no qual foi vetado o artigo 10 do referido dispositivo. Em Mensagem No. 21 de 19/01/2015, assim expõe a Presidente da República ao Presidente do Senado Federal, as razões para o veto, do referido dispositivo:

Art. 10

“Art. 10. Para efeito de interpretação, a substituição de participações societárias em decorrência de operações de reorganizações societárias, como cisão, fusão, incorporação de ações ou quotas não implica apuração de ganho de capital por não ter natureza de operação que importe alienação ou transferência de que tratam o art. 3º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988 e o § 2º do art. 23 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, respectivamente, mantendo a pessoa física o mesmo custo de aquisição das participações originárias para as participações recebidas em substituição, independentemente do valor pelo qual as participações originárias ingressaram no patrimônio da pessoa jurídica, observado o disposto no § 3º do art. 252 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.”

Razões do veto

“O referido dispositivo autorizaria que uma riqueza seja incorporada ao patrimônio de uma pessoa jurídica sem que haja tributação, possibilitando planejamentos tributários abusivos, principalmente em decorrência do ágio que acompanha a transação. Ou seja, cria-se acréscimo patrimonial não tributado na Pessoa Jurídica, em decorrência de uma riqueza volátil, a qual poderá nunca ser tributada, e ainda mais: poderá acarretar redução real do valor do IRPJ a pagar. Por ter efeito interpretativo, o dispositivo teria ainda aplicação retroativa, ensejando, inclusive, a reforma de autos de infração.”

(os grifos são do relator do voto vencedor)

Por todas essas razões, entendo pertinente o lançamento.

Nesse mesmo sentido temos as seguintes decisões deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

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

Exercício: 2010

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO.

A incorporação de participação societária constitui-se, em última análise em uma alienação de ações, caracterizando-se pela entrega de quotas da sociedade incorporada em subscrição de capital e como contrapartida o recebimento de quotas da nova sociedade proporcionalmente ao valor subscrito.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ISONOMIA. Dado que se trata de ganhos decorrentes de renda variável, tributa-se o ganho líquido da transação conforme arts. 760 e seguintes do Decreto 3000/99.

ALIENAÇÃO SOCIETÁRIA. GANHO DE CAPITAL. ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO-LEI 1.510/1976. REVOGAÇÃO PELA LEI 7.713/1988.

A Lei 7.713/1988 revogou expressamente a isenção concedida pelo Decreto-Lei 1.510/1976. No caso dos autos a alienação societária (ocorrência do fato gerador) deu-se já na vigência da lei revogadora. (Acórdão nº 2401-004.344, de 10/05/2016, Rel. Maria Cleci Coti Martins)

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

A operação de incorporação é uma sub-rogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa. Tal operação, ao gerar benefício para o contribuinte por qualquer forma, atrai a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

GANHO DE CAPITAL. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A apuração do custo de aquisição no caso de distribuição de ações decorrentes de aumento do capital deve ser igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado correspondente ao acionista.

ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 1.510/76. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

A revogação do Decreto nº 1.510/76 pela Lei nº 7.713/88 extinguiu o direito a isenção prevista na norma revogada a partir de 01/01/89.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

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. (Acórdão nº 2201-003.254, de 12/07/2016, Rel. Carlos Henrique de Oliveira)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2012

INCORPORAÇÃO SOCIETÁRIA COM AUMENTO DE CAPITAL DA SOCIEDADE INCORPORADORA. ALIENAÇÃO.

A incorporação de participação societária com aumento de capital da sociedade incorporadora não se resume a uma mera substituição das quotas de uma sociedade por quotas de outra sociedade, mas uma verdadeira alienação de participação societária que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, caracteriza-se pela entrega de quotas da sociedade incorporada em subscrição de capital e, como contrapartida, há o recebimento de quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado. [...] (Acórdão nº 2202-003.486, de 16/08/2016, Rel. Marcio Henrique Sales Parada)

Sobre a alegação de que não há incidência do imposto de renda sobre operações de permuta sem torna, não tem razão o Recorrente, uma vez que já foi amplamente demonstrado acima que, na realidade, ocorreu uma alienação de ações com um ganho de capital, considerada a diferença entre o valor atribuído às ações transferidas e o respectivo custo de aquisição.

Conforme já exposto, em havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital. Outrossim, o fato gerador do imposto de renda não se reporta à disponibilidade financeira, mas sim à disponibilidade econômica ou jurídica, que existe desde o momento em que o acionista recebe ações da sociedade incorporadora. A partir do momento em que ele se torna proprietário das ações, tem disponibilidade jurídica (direito real), além de poder fruir dos valores agregados a elas (disponibilidade econômica).

Dessa forma, entendo que incide imposto sobre a renda da pessoa física decorrente do ganho de capital em razão da incorporação de ações, conforme autuação fiscal efetuada.

Da isenção das ações adquiridas até 1983 - revogação do Decreto nº 1.570/76

Subsidiariamente, o Contribuinte pleiteia a isenção do IRPF incidente sobre parcela do ganho de capital decorrente da suposta alienação das ações adquiridas até 1983 e respectivas bonificações, sob a alegação de ter direito adquirido, uma vez que já possuía essas

ações há mais de 5 (cinco) anos quando da revogação do Decreto nº 1.570/76 pela Lei nº 7.713/1988.

Como já é sabido, o dispositivo em referência foi revogado pela Lei nº 7.713, de 23 de dezembro de 1988. A controvérsia reside em saber se a revogação citada alcança o ganho de capital obtido em alienações efetuadas após 1º/01/1989, desde que, naquela data, a participação societária já contasse com mais de cinco anos no domínio do alienante.

Nessa matéria, entendo que as alienações em apreço ocorreram já sob a égide da Lei nº 7.713/1988, que restabeleceu a tributação desse ganho de capital. Veja-se que o artigo 58 dessa lei revogou expressamente, sem qualquer ressalva, o art. 4º, "d", do Decreto-Lei nº 1.510/1976, que dispunha sobre a isenção pleiteada, conforme abaixo.

Lei nº 7.713/1988:

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.

O artigo 178 do Código Tributário Nacional - CTN - assim dispõe:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 24, de 1975)

A isenção aqui discutida foi concedida de forma genérica e ficou vigente por prazo indeterminado, não se amoldando à ressalva contida no artigo em referência, que diz respeito àquelas concedidas por prazo certo ou em função de determinadas condições.

O artigo 144 do CTN dispõe que "o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada". No presente caso, o fato gerador ocorreu quando da alienação das participações societárias, já sob a vigência da Lei nº 7.713/1988, que revogou expressamente a isenção pretendida.

Nesse sentido as seguintes decisões deste Conselho:

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

A isenção prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 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 a regime jurídico. (Acórdão nº 2201-002.861, Rel. Eduardo Tadeu Farah, publicado em 18/03/2016).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2009

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A isenção prevista no art. 4º, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, foi expressamente revogada pelo art. 58, da Lei nº 7.713, de 1988 e 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 a regime jurídico. (Acórdão nº 2101-002.495, Rel. Alexandre Naoki Nishioka, Redator designado Heitor de Souza Lima Junior, publicado em 07/08/2014).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2004

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

A isenção prevista no artigo 4º do Decreto-Lei nº 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 a regime jurídico. (Acórdão nº 2201-002.450, Rel. Francisco Marconi de Oliveira, publicado em 26/08/2014).

[...]

Assim, não tem razão o Recorrente nesse ponto.

Do custo unitário das ações da HFF

O Recorrente alega que o valor apurado é insubsistente, pois registrou as ações da HFF em sua DIRPF pelo mesmo custo de aquisição das ações da SADIA anteriormente detidas. Assim, defende que se deve considerar como custo unitário das ações da HFF o custo unitário das ações da SADIA, a saber: R\$ 2,544990 e não R\$ 1,000000.

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fl. 638), o custo de aquisição das ações da HFF Participações S.A. foi de R\$ 5.215.264,00, considerado o preço unitário de R\$

1,00 (um real). A quantidade de ações da HFF de titularidade do Contribuinte em 08/07/2009 e o correspondente custo de aquisição estão registrados no Livro de Registro de Ações Nominativas (fl. 587) e no item 4.6 da ata da Assembleia Geral Extraordinária de 08/07/2009 (fls. 558/565).

Não se pode concordar com os argumentos do Recorrente para que seja considerado como custo de aquisição o valor de aquisição das ações da SADIA anteriormente detidas, visto que no momento da integralização na HFF fora atribuído um valor para as ações, sendo este o valor a ser considerado como correto. Ademais, diferentemente do afirmado pelo Recorrente, ela não registrou as ações da HFF em sua DIRPF pelo mesmo custo de aquisição das ações da SADIA, porquanto as ações da HFF foram adquiridas e alienadas durante o ano-calendário 2009 e, portanto, não constam das suas DIRPFs (fls. 137/144).

Desse modo, não tem razão o Recorrente quanto às suas alegações sobre o custo de aquisição, devendo ser mantida a decisão recorrida.

Dos juros de mora sobre a multa de ofício

Sobre essa questão, entendo que o §3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, ao se referir aos juros incidentes sobre os débitos para com a União, incluiu o tributo e a multa de ofício, pois a multa também é um débito com a Fazenda Pública.

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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§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. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Nesse sentido é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ementas abaixo:

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO - APLICABILIDADE.

O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a

multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado. (Acórdão nº 9202-001.806, data de publicação: 29/11/2011, relator: Gustavo Lian Haddad, redator designado: Elias Sampaio Freire).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 9101-01.191, data de publicação: 17/10/2011, relatora: Karem Jureidini Dias, redator designado: Claudemir Rodrigues Malaquias).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão nº 9101-000.539, data de publicação: 02/07/2014, relator: Valmir Sandri, redatora designada: Viviane Vidal Wagner).

No âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem firmado entendimento de que são devidos os juros de mora sobre a multa de ofício, conforme se depreende das ementas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: “É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.” (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido. (grifei)

(AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/12)

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

2. Recurso especial provido. (grifei)

(REsp nº 1.129.990-PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 1º/09/2009).

Portanto, é de se subsistir a incidência de juros de mora sobre a multa de
ofício.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Redator designado