



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

Processo n° 10880.721059/2013-53
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.980 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2015
Matéria IRF
Recorrente OSORIO HENRIQUE FURLAN JUNIOR
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2009

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

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

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) e PEDRO ANAN JUNIOR, que proviam o recurso. O Conselheiro FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT declarou-se suspeito. Os Conselheiros JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) e PEDRO ANAN JUNIOR apresentarão declaração de voto.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

(Assinado digitalmente)

Pedro Anan Junior – Declaração de voto

Jimir Doniak Junior – Declaração de voto

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), SUELY NUNES DA GAMA, PEDRO ANAN JUNIOR, MARCO AURELIO DE OLIVEIRA BARBOSA, FABIO BRUN GOLDSCHMIDT. Ausente, justificadamente, o Conselheiro RAFAEL PANDOLFO.

Relatório

Em desfavor da Contribuinte, OSORIO HENRIQUE FURLAN JUNIOR, foi lavrado auto de infração de fls. 510 a 515, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, ano calendário 2009, formalizando a exigência de imposto suplementar no valor de R\$9.132.948,68, acrescido de multa de ofício e juros de mora calculados até 03/2013.

O lançamento decorre da tributação de omissão de ganhos de capital auferidos na alienação da totalidade das ações da HFF Participações S.A. para a BRF Brasil Foods S.A., por meio da operação de incorporação de ações, em 08/07/2009, no valor de R\$59.971.882,00, e de omissão de ganhos de capital auferidos na alienação da totalidade das ações preferenciais da Sadia S.A. para a BRF Brasil Foods S.A., por meio de incorporações de ações, em 18/08/2009, no valor de R\$914.442,53, conforme termo de verificação fiscal às fls. 516 a 551.

Márcia Regina Passos Furlan, casada com o contribuinte no regime de comunhão universal, é responsável solidário pelo crédito tributário lançado, oriundo de ganhos de capital auferidos na alienação de bens comuns do casal, com base no art. 124, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional – CTN (Termo de Sujeição Passiva Solidária às fls. 507 e 508).

No termo de verificação fiscal, fls. 516 a 551, a fiscalização apresenta histórico dos procedimentos fiscais e a motivação do lançamento. Dele extraem se as observações e argumentos resumidos adiante.

Ações da HFF Participações S.A. de Osório Henrique Furlan Junior

Após três sucessivos aumentos aprovados na AGE de 08/07/2009, o capital social da HFF Participações S.A., que antes era R\$800,00, dividido em 4 ações, cresceu para R\$226.395.804,55, partido em 226.395.405 ações

Desse capital, o contribuinte subscreveu o valor de R\$10.805.490,00, correspondente a 10.805.490 ações ordinárias, integralizando o por meio de 10.805.490 ações ordinárias da Sadia S.A., que foram transferidas para a HFF Participações S.A., conforme Boletim de Subscrição de fl. 129. O custo médio ponderado das ações da HFF Participações S.A. de Osório Henrique Furlan Júnior é R\$1,00.

Incorporação de Ações da HFF Participações S.A. pela BRF Brasil Foods S.A. – Ganho de Capital – Imposto de Renda

A incorporação da totalidade das ações da HFF Participações S.A. pela BRF Brasil Foods S.A. foi deliberada no "Acordo de Associação", de 19/05/2009; no "Protocolo e Justificação", de 22/06/2009, e nas AGES ocorridas, nas duas empresas, em 08/07/2009, e observou todas prescrições legais pertinentes.

Essa operação de reorganização societária consubstanciou a

alienação, pelos acionistas da HFF Participações S.A., para a BRF Brasil Foods S.A., de todas as suas ações, mediante o recebimento de 0,166247 ação da BRF Brasil Foods S.A. (com preço unitário de R\$39,40) por cada ação da HFF Participações S.A. alienada.

O evento resultou, ainda, no aumento de R\$1.482.889.902,75 no capital social da BRF Brasil Foods S.A. (correspondente ao valor econômico atribuído à HFF Participações S.A. no laudo de avaliação de fls. 151 a 207) por meio da emissão de 37.637.557 ações ordinárias, a R\$39,40, a serem integralizadas pelos (ex) acionistas da HFF Participações S.A. com suas ações, assim como na conversão da HFF Participações S.A. em subsidiária integral da BRF Brasil Foods S.A., que passou a ser sua única acionista.

Em 08/07/2009, Osório Henrique Furlan Júnior alienou à BRF Brasil Foods S.A., por meio da incorporação de ações, 10.805.490 ações da HFF Participações S.A., das quais ele era proprietário.

O custo de aquisição de suas ações da HFF Participações S.A. foi R\$10.805.490,00 (10.805.490 x R\$1,00, que é o custo médio ponderado de cada ação da HFF Participações S.A.).

Em contraprestação, ele recebeu, entre as novas ações ordinárias da BRF Brasil Foods S.A. emitidas em aumento de capital social, 1.796.380 ações, nos valores unitário de R\$39,40 e total de R\$70.777.372,00 (produto da multiplicação do número de ações recebidas, 1.796.380, pelo preço unitário de R\$39,40). Portanto, o ganho de capital auferido pelo contribuinte foi de R\$59.971.882,00 (R\$70.777.372,00 - R\$ 10.805.490,00). O imposto de renda devido pelo contribuinte em relação a esse ganho de capital é de R\$8.995.782,30 (R\$59.971.882,00 x 15%).

Ações preferenciais da Sadia S.A. de Osório Henrique Furlan Júnior

Incorporação de Ações da Sadia S.A. pela BRF Brasil Foods S.A. – Ganho de Capital – Imposto de Renda

A incorporação da totalidade das ações da Sadia pela BRF foi deliberada no "Acordo de Associação", de 19/05/2009; no "Protocolo e Justificação", de 08/07/2009 e nas AGES ocorridas, nas duas empresas, em 18/08/2009, e observou todas prescrições legais pertinentes.

Em 18/08/2009, Osório Henrique Furlan Júnior alienou à BRF Brasil Foods S.A., por meio da incorporação de ações, 879.713 ações preferenciais da Sadia S.A., das quais ele era proprietário. O custo total de aquisição de suas ações preferenciais da Sadia S.A. foi R\$3.685.997,47 (879.713 x R\$4,19, que é o custo médio ponderado unitário).

Em contraprestação, ele recebeu, entre as novas ações ordinárias da BRF Brasil Foods S.A., emitidas em aumento de capital social, 117.000 ações, nos valores unitário de R\$39,32 e total de R\$4.600.440,00 (produto da multiplicação do número de ações recebidas, 117.000, pelo preço unitário de R\$39,32).

sobre suposto ganho de capital auferido pelo Impugnante pelas seguintes razões:

Incorporação de Ações

(i) A incorporação das ações foi deliberada e aprovada por assembléia geral em vista dos interesses da sociedade e não de seus acionistas;

(ii) não houve, no referido processo de aprovação, manifestação de vontade expressa por parte dos acionistas, no sentido da transmissão da propriedade das ações em questão à BRF no contexto de tal operação. Os acionistas que participaram de tal processo enquanto integrantes da Assembleia Geral e votaram acerca da aprovação da operação, o fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais;

(iii) trata-se a incorporação de ações de hipótese de subrogação real legal por meio da qual se operou a substituição das ações detidas anteriormente por ações da BRF, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento anteriormente detido;

(iv) com efeito, não houve, em momento algum, a intenção por parte do Impugnante em transferir o investimento detido na Sadia à BRF. Inclusive, eventual alienação deste investimento pelo Impugnante iria de encontro com o propósito primordial de sua constituição: a preservação do investimento na Sadia no âmbito familiar;

(v) buscou-se, por meio do uso desse instrumento societário (i.e. incorporação de ações) a unificação/associação de dois negócios que antes eram performados/executados separadamente. Conforme destacado no Fato Relevante, o objetivo de ambas as companhias em se associarem consistiu em passar a atuar conjuntamente no mercado, ganhando força operacional, administrativa e comercial em escala nacional e internacional;

(vi) em recente sessão de julgamento (19.2.2013 i. e. posterior à lavratura dos Autos de Infração aqui impugnados), a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF proferiu decisão favorável ao contribuinte em processo administrativo semelhante ao caso objeto destes Autos de Infração, sob o entendimento de que, de fato, a operação de incorporação de ações não consiste em evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à incidência do imposto de renda;

(vii) Diante da ausência da manifestação de vontade do Impugnante em transferir a propriedade de suas ações à BRF no contexto de tal operação, não pode ser esta tratada como evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à regular incidência do IRPF;

(viii) admitir que a incorporação de ações é uma operação de alienação sujeita à apuração de ganho de capital, além de ir contra o ordenamento jurídico pátrio, como se mostrou, levará à autuação de mais de 30 mil antigos acionistas da Sadia, que investiram seu patrimônio na sociedade devido à sua sólida

tradição e não necessariamente pretendiam alienar as suas ações; e,

(ix) se em complemento à inexistência da cultura de investimentos em bolsa no Brasil, o Governo passar a tributar fatos que independem da vontade dos acionistas e/ ou exigir tributos sobre ganhos irreais, criar se á um ambiente de insegurança jurídica generalizada no Mercado, no qual as pessoas deixarão de investir em bolsa com receio de serem autuadas sem nem mesmo saberem que ocorreu uma operação supostamente sujeita à incidência de imposto de renda.

Permuta e Inexistência de acréscimo Patrimonial

(x) ad argumentandum, tendo em vista que a própria D. Fiscalização reconhece que o Impugnante recebeu ações BRF em contraprestação às suas ações detidas anteriormente, não há dúvidas de que, na remota hipótese de se considerar que a incorporação de ações é alienação, tratar se ia de uma típica operação de permuta. Conforme remansosa jurisprudência do E. CARF, a permuta não está sujeita à incidência de IRPF se não houver torna, sendo a autuação insubsistente também por este ângulo.

Regime de Caixa

(xi) ainda que se entenda que a incorporação de ações é uma forma de alienação sujeita à apuração de ganho de capital, o auto ora guerreado não merece prosperar nos termos em que lavrado, na medida em que o suposto ganho nunca foi percebido pelo Impugnante.

Juro

xii) merecem ser afastados os juros de mora sobre a multa de ofício, por manifesta ofensa à Legislação Pátria e ao Princípio da Segurança Jurídica.

V. PEDIDO

173 Diante do exposto, o Impugnante requer e espera sejam acolhidos os argumentos aqui discorridos para que seja cancelado o Auto de Infração objeto do presente processo administrativo, uma vez que a incorporação de ações não é fato gerador do IRPF.

174 Apenas a título de argumentação, caso o pedido acima não seja acolhido, o Impugnante requer ainda que sejam afastados os juros de mora sobre a multa de ofício, por manifesta ilegalidade.

175 O Impugnante protesta por provar o alegado por todos os meios de direito.

176 Requer, por fim, que todas as intimações e/ou comunicações referentes ao presente processo sejam feitas e remetidas em nome do Impugnante.

A DRJ ao apreciar as razões do interessado, julgou a impugnação improcedente nos termos da ementa a seguir:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano calendário: 2009

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO.

Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos. A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.

INCORPORAÇÃO DE AÇÃO.

Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Insatisfeito, o interessado interpõe recurso voluntário, onde reitera as razões da impugnação.

A **Fazenda Nacional apresenta contrarrazões** ao recurso voluntário as fls. 831 a 853.

- Discorre sobre a natureza jurídica da incorporação por ações, concluindo pela entendimento da natureza de alienação de ações é inquestionável, de modo que é possível a ocorrência de ganho de capital;

- Do papel da vontade do acionista na incorporação de ações, registrando que a mesma ocorre sob representação, devendo portanto incidir os efeitos jurídicos da operação;

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

- Cita jurisprudência e precedente no sentido de reconhecer a inexistência de ganho de capital na incorporação de ações.

- Indica que a impossibilidade da incidência do juro sobre a multa de ofício já se encontra superada pela jurisprudência do CARF e STJ

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

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

Como se colhe da extensa descrição dos fatos, auto de infração que se origina na tributação do ganho de capital na incorporação de ações.

Do Ganho de Capital nas Incorporação de Ações

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.”

Por todas essas razões, entendo pertinente o lançamento.

Dos Juros calculados pela Selic

Aplico a Sumula Carf No. 4

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Da Incidência de Juros Sobre a Multa de Ofício

Acompanho o entendimento da legalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício. Uma análise sistemática dos arts. 113, 139 e 161 do CTN revela que a multa de ofício (penalidade pecuniária), por integrar o crédito tributário, recebe igualmente o acréscimo moratório de juros.

Nestes termos, posiciono-me por negar provimento ao recurso de voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Declaração de Voto

Conselheiro Pedro Anan Junior

O voto do nobre relator conselheiro Antonio Lopo Martinez, está muito bem fundamentado. Apesar das razões e fundamentos que o levaram a chegar a tal conclusão, tenho entendimento diverso do dele em alguns pontos, daí a razão de abrir a divergência que culminou na declaração de voto.

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:

“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 incorporada 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 nº196/76, que originou a Lei das S/A, *verbis*:

“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.

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.

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.

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.

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.

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.

§ 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.

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 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.

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

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

Autenticado digitalmente em 06/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 06/04/2015

5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 06/04/2015 por PEDRO ANAN JUNIOR

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, a contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço.

Recurso voluntário provido.

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

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 debeat.

(...)

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 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) 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.”

Vejam os 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 houverem 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

pele 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)*

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

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:

“A aquisição de renda financeira não consiste no fato jurídico da aquisição de direitos patrimoniais, mas na disponibilidade do objeto desses direitos, que é a moeda ou valor em moeda (v. obs. I ao n.110). Se os direitos recebidos na troca são dinheiro não há dívida 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 GONÇALVES¹⁴:

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

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

“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:

“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 correspondência 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, considera-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:

- i. é uma figura jurídica prevista na Lei das S/A, especificamente em seu artigo 252;
- ii. 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,
- iii. não esta 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.

(Assinado Digitalmente)

Pedro Anan Junior

Declaração de Voto

Conselheiro Jimir Doniak Junior

O tratamento tributário da operação de incorporação de ações vem gerando bastante debate. Compreende-se a razão. Além de outros motivos, trata-se de tema que propicia argumentos relevantes tanto para a conclusão de que acarretaria a tributação, como no sentido oposto. De minha parte, em estudos anteriores, havia concluído no primeiro sentido. Mais recentemente, em função de reflexões a partir de novos trabalhos jurídicos sobre o tema, alterei meu entendimento. Gostaria de consignar, brevemente, as razões.

Sempre me impressionaram as manifestações doutrinárias, no âmbito do direito societário, no sentido de a incorporação de ações ser uma forma de criação de subsidiária integral, que se dá por meio da integralização de aumento de capital da sociedade incorporadora das ações, embora submetida a certas especificidades. Ou seja, ainda que com um objetivo específico regulado pela legislação e com forma específica, haveria a integralização de aumento capital com a entrega de bens. Para fins tributários, portanto, deveria ser aplicado o artigo 23 da Lei nº 9.249/95 quando envolvida pessoa física: sendo entregues bens por valor distinto do constante da declaração de bens, a diferença a maior seria tributável, como ganho de capital.

Esse raciocínio, que parece claro e escorreito, deixa, porém e a meu ver, de atentar para características importantes da tributação.

A hipótese de incidência do imposto sobre a renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos. A par de discussões quanto à diferenciação entre disponibilidade econômica e jurídica, tem-se entendido que, para legitimar-se a tributação, para a incidência da norma, a renda deve estar disponível, deve ter se realizado. É decorrência não só do artigo 43 do CTN, mas também do princípio da capacidade contributiva. A despeito de ponto relevante, até aqui não é solucionada nenhuma questão, pois somos conduzidos à indagação de quando a renda estaria disponível, quando ela teria se realizado.

Em trabalhos teóricos, chega-se a afirmar que, em relação à renda derivada da venda de um bem produzido pelo contribuinte, poder-se-ia considerá-la em diferentes momentos, a depender do objetivo que se tem em vista: quando da contratação da venda, ou quando da produção do bem (momento em que nasce uma nova riqueza, o novo bem formado a partir de outros bens e de valor superior a esses), ou quando da entrega desse bem ao comprador, ou quando do recebimento do pagamento. Em qual ou quais desses momentos poder-se-ia reputar realizada a renda para fins de tributação?

Vários elementos devem ser considerados para firmar uma posição. Entre eles estão o cumprimento das obrigações para fazer jus ao direito de receber o preço e a mensurabilidade e liquidez do direito recebido. Sem o cumprimento de obrigações, renda nenhuma se adquiriu (pode ter se adquirido a propriedade do novo bem produzido, mas não a renda) e sem mensurabilidade e liquidez não se sabe que renda teria sido adquirida. É obedecida, assim, a exigência de segurança, de certeza, para evitar a tributação de suposto ganho que poderia não se confirmar.

Penso, porém, que não bastam esses pontos. É imprescindível aprofundar mais.

A tributação sobre a renda difere da tributação sobre o patrimônio, entre outras razões, porque naquela tem-se uma visão dinâmica da realidade, enquanto nesta a visão é estática. Percebe-se bem isso na própria dicção da hipótese de incidência do IR: a aquisição da disponibilidade da renda. Para verificar se houve ou não renda, faz-se a comparação entre o momento inicial e o momento final de certo período, devendo existir uma diferença consistente em antes não se ter a adquirido tal disponibilidade e depois ela ter sido adquirida.

Por isso, particularmente em regime de caixa / disponibilidade econômica, situações que caracterizem uma continuidade, sem alteração consistente na aquisição da disponibilidade da renda, não propiciam a incidência da norma de IR. Somos conduzidos, então, a uma nova indagação: que continuidade seria essa e que alteração seria essa? A meu ver, a resposta deve ser encontrada nas noções fundamentais da tributação pelo IR.

A aquisição de disponibilidade da renda seria um fato jurídico? Bastaria verificar se teria ocorrido uma alteração da situação patrimonial jurídica do contribuinte, ou seja, uma alteração no seu catálogo de direitos e obrigações? Desse modo, bastaria ter surgido um direito antes inexistente, para estar configurada a falta de continuidade? Ou a aquisição de disponibilidade de renda seria um fato econômico, devendo ser verificada uma alteração do patrimônio do contribuinte sob o ponto de vista econômico, não bastando a substituição de um direito por outro se, em substância econômica, nada de relevante teria sido alterado?

Somos de opinião que a hipótese de incidência do imposto sobre a renda é um tipo funcional e não estrutural, na classificação divulgada por Alberto Xavier. Ou seja, trata-se de uma circunstância de fato e não um ato ou negócio jurídico. Assim, a despeito de muitas vezes a legislação, ao regravar situações específicas que afetarão a formação da base de cálculo do IR, utilizar atos ou fatos jurídicos – portanto, utilizando-se de tipos estruturais –, em seu fundamento/base o IR é um tributo de tipo funcional. É o que explica Bulhões Pedreira, com a precisão habitual:

“A aquisição do direito à renda não se confunde, todavia, com a aquisição da disponibilidade da renda: aquisição de direito é o fato jurídico de a pessoa ocupar a posição de sujeito ativo e de o direito aderir à pessoa que ocupa essa posição; enquanto que a aquisição da disponibilidade de renda é o fato econômico de a pessoa obter o poder de dispor do objeto do direito adquirido.”

A aquisição da disponibilidade da renda pode também ser analisada como fato jurídico, porque a atividade econômica social é organizada pelo Direito e todo fato econômico é causa de criação, modificação ou extinção de direitos patrimoniais; mas a lei, que faz a obrigação tributária nascer de situações de fato e não como efeito de fatos jurídicos, considera a aquisição da disponibilidade da renda na sua natureza de fato econômico, e não de fato jurídico.” (“Imposto de renda – Pessoa jurídica”, vol. I, Justec, 1979, p. 196 – sublinhamos).

Se a aquisição da disponibilidade da renda é fato econômico, também a realização, configuradora de tal aquisição, é realização econômica e não jurídica. E a situação de continuidade, não caracterizadora de aquisição de disponibilidade e de realização, é a continuidade econômica, não sendo a nota definidora a falta de continuidade jurídica (embora, por óbvio, essa não seja irrelevante, pois pode indicar a falta de continuidade econômica).

É essa posição que em minha opinião explica em parte porque ao menos certas operações de permuta não significam realização de eventual ganho potencial contido no bem permutado e disponibilidade de nova renda, apta a ser tributada (mesmo quando é feita uma avaliação do valor de mercado dos bens permutados). Nelas não ocorre uma mudança da posição patrimonial sob o ponto de vista econômico.

Embora sem destacar explicitamente a perspectiva econômica, Victor Borges Polizelli, em sua justamente elogiada obra “O princípio da realização da renda”, lembra Brandão Machado ao tratar do requisito de mudança da posição patrimonial para que se dê a realização: “*Nota-se, portanto, que a realização da renda exige a mudança da posição patrimonial, ou, como resumido por Brandão Machado, a ‘mudança na forma ou na substância da propriedade do contribuinte (ou dos direitos), (...). Neste particular, Klaus Tipke menciona que a ausência de mudança na posição patrimonial costuma ser a justificativa para que determinadas operações de permuta de bens similares sejam eximidas de tributação, pois tais transações deixam o contribuinte na mesma posição patrimonial anterior*” (IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 260 e 261).

Mais à frente em sua obra, o mesmo autor trata em um tópico das chamadas “situações de continuidade (realização incompleta)” e especificamente de atos de reorganização societária, como incorporação, fusão e cisão: “*Voltando a atenção para a própria empresa que será incorporada, fusionada ou cindida, pode-se falar de continuidade da situação patrimonial no sentido de que, antes e depois das operações, os patrimônios empresariais envolvidos nas operações continuarão a ser substancialmente os mesmos (com relação a seus elementos, embora, não quanto a seus titulares diretos), sem que se verifique qualquer acréscimo de direito novo ou transação com o mercado que pudesse gerar mudança da posição patrimonial*” (ob. cit., p. 331 – sublinhamos).

O autor lembra, então, antigos Pareceres Normativos que foram na mesma direção. No PN-CST 6/85 afirma-se ser entendimento consagrado da Secretaria da Receita Federal o de que nas operações de incorporação, fusão e cisão não acontece descontinuidade na vida das empresas, havendo transposição de patrimônio de uma pessoa jurídica para outra. Já no PN-CST 39/81 conclui-se que também nos casos de incorporação, fusão e cisão as novas ações recebidas pelo acionista não levam ao reinício da contagem do prazo de 5 anos para benefício fiscal de desoneração do imposto em eventual ganho de capital. Os casos parecem ter em comum a inexistência de uma mudança na posição patrimonial econômica.

Também podem ser lembrados aqui os pareceres da PGFN na época do processo de desestatização. No Parecer PGFN-PGA n. 970/91 foi afirmado que o Estado pretendia também diminuir o déficit público. Por isso, ele se desfazia de um bem de seu ativo e, em troca, recebia um título de crédito que onerava seu passivo. Por isso, os particulares e o Estado participavam de um operação de troca (permuta). Já no Parecer PGFN-PGA n. 454/92 o tema é retomado e a doutrina de Pontes de Miranda é lembrada para afirmar que na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro. Acrescenta-se também que na permuta os contratantes não são movidos pelo valor monetário, pelo preço dos bens envolvidos, mas, sim, pelo próprio bem, pelo valor intrínseco da utilidade dos bens permutados.

Essas diferentes situações parecem ter em comum com a incorporação de ações: (a) a falta de busca em transformar a riqueza potencial latente em um bem em riqueza realizada (e não mais potencial), (b) a inexistência de mutação patrimonial econômica

(substitui-se a participação societária em uma empresa por participação societária em outra empresa no bojo de uma reorganização societária), (c) a consequente continuidade da situação patrimonial econômica e (d) a não movimentação pelo valor econômico, pelo preço, mas, sim, pelo próprio bem.

Cabe, então, indagar se, na incorporação de ações, o acionista que tem suas ações incorporadas tenciona desfazer-se dessa parte de seu patrimônio e se substancialmente dela se desfaz. A resposta é negativa. No caso concreto, os acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas não tencionavam se desfazer de suas ações. A intenção era de juntar forças, que o patrimônio que já dispunham continuasse com eles, mas agora em conjunto com o de outra empresa, formando uma entidade maior e potencialmente mais valiosa. Não tencionavam se desfazer do patrimônio e dele não se desfizeram, ao menos não economicamente.

De certa forma, embora a incorporação de ações aproxime-se de uma permuta, nela parece estar ainda mais distante a realização.

De qualquer modo, em alguns aspectos incorporação de ações e permuta entre bens de idêntica natureza se aproximam. Aplica-se à incorporação de ações o que a a PGFN falou quando da desestatização: o leilão estava “(...) *desvinculado da moeda (cruzeiro) e sim diretamente vinculado à quantidade de títulos oferecidos em troca da participação acionária, (...)*” e o objetivo final do leilão “(...) *não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos*” (Parecer PGFN-PGA n. 970/91). Igualmente na incorporação de ações não se quer uma quantidade de reais, não se trata de uma dívida de dinheiro. Em outras palavras, tal qual a permuta, as partes não são movidas pelo valor monetário das ações, mas, sim, pelo próprio bem, pelo valor intrínseco da utilidade dos bens permutados.

Nesta parte, com as devidas vênias que os autores merecem, parece-me que Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior seguem por caminho equivocado em seu estudo sobre o tema (“Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários”, RDDT 200/44-72). Os autores procuram diferenciar o que ocorre, de um lado, no processo de incorporação de ações e, de outro, na permuta. Argumentam, então, que na incorporação de ações há subscrição de aumento de capital, pelo qual alguém comprometer-se-ia a entregar recursos à companhia. Indagam, então, se alguém poderia prometer entregar imóveis, equipamentos ou ações à sociedade emissora das ações. Respondem negativamente. Quem subscreve o capital comprometer-se-ia a por à disposição da companhia certa quantia em dinheiro (lembrando que subscrever o capital é diferente de integralizá-lo, o que poderia ser feito em bens). Logo, a subscrição não envolveria, por essência, a troca de bens por ações.

Ao ler o estudo referido, poder-se-ia ter a impressão que na incorporação de ações, por envolver subscrição de aumento de capital, haveria como que o mero cumprimento de obrigação que poderia se dar mediante diferentes formas, como a entrega de dinheiro ou até de outro bem qualquer. Bem ao inverso, porém, no bojo de uma operação de incorporação de ações, a empresa incorporadora, que tem seu capital aumentado, não aceita na integralização de tal capital qualquer outra coisa senão as ações da sociedade que deverá se transformar em subsidiária integral. Os autores parecem dar menor importância ao fato de a incorporação de ações só ocorrer se forem entregues as ações da sociedade que se transformará em subsidiária integral. Seria no mínimo esdrúxulo que um dos acionistas da sociedade cujas ações serão incorporadas pretendesse entregar qualquer outra coisa senão essas ações. Mesmo dinheiro não será aceito pela sociedade incorporadora. Assim é justamente porque não se almeja o simples aumento de capital. Almeja-se o recebimento daquele bem específico, as ações da sociedade que passará a ser subsidiária integral. Por conseguinte, nota-se a diferença com a simples subscrição e integralização de aumento de capital.

Na verdade, na incorporação de ações há, sim, subscrição de aumento de capital. No entanto, não se trata de subscrição comum. Nela, há a obrigação específica de serem entregues ações de uma empresa particular, recebendo-se em troca ações da sociedade “incorporadora”. Não é uma obrigação de dinheiro.

Perceptível, então (contrariamente ao que dizem os dois autores), a diferença entre operações como incorporação de ações ou de permuta, sob o signo da continuidade patrimonial, com a dação em pagamento com bens, eventualmente para a integralização de um aumento de capital. Nesta não há continuidade da situação patrimonial. O devedor tem uma dívida de dinheiro, mas que é paga com bens. Há modificação da situação patrimonial e a riqueza potencial eventualmente presente no bem se realiza.

Não à toa, o CARF tem diferenciado operações de permuta e a dação em pagamento:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS PESSOA FÍSICA – DAÇÃO EM PAGAMENTO – PERMUTA. Não podemos confundir a dação em pagamento onde há ingresso de rendimento no patrimônio do contribuinte com a permuta que é mera troca patrimonial de bens que não representaria acréscimo patrimonial, ressaltando os casos em que há o pagamento de torna.” (ac. 3402-00.048, sessão de 05.03.2009, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, 3ª Seção, rel. o Cons. Pedro Anan Jr.).

“IRPJ. CSLL. LANÇAMENTO. VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. RECEITA OPERACIONAL. A realização de receita operacional pela venda de unidade imobiliária construída pelo sujeito passivo, mediante recebimento de parte de pagamento em imóveis a título de dação em pagamento, cuja transação foi celebrada por contrato de promessa de compra e venda de imóveis, não caracteriza permuta de imóveis para fins de exclusão a título de permuta.” (ac. 1102-00.020, sessão de 26.08.2009, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, 1ª Seção, rel. o Cons. José Carlos Passuelo).

Na doutrina, em seu livro sobre o tema de incorporação de ações, Ricardo Mariz de Oliveira também cuida de diferenciar, de um lado, a dação em pagamento e, de outro lado, operações como a de permuta: *“Esta distinção é essencial para compreender o art. 65, porque dação em pagamento não é ato jurídico (como o é a incorporação de ações) nem negócio jurídico (como o é a permuta), mas, sim, é modalidade de extinção de obrigação”* (“Incorporação de ações no direito tributário”, Quartier Latin, 2014, p. 132).

Há, portanto, diferença relevante entre operações que envolvem dação em pagamento, como a integralização de aumento de capital em bens, e outras operações, como a incorporação de ações, em que não se almeja a realização da riqueza potencial do bem e na qual este continua, ainda que de forma diferenciada, no patrimônio do contribuinte.

O tema levanta ainda outras reflexões. Destaco uma, à qual, penso, os debates não estão dando a importância devida.

Qual teria sido a razão para o legislador, criador da Lei n. 6.404/76, ter chamado a operação societária ora em análise de “incorporação de ações”? Poderia tê-la batizado com outro nome. Ao invés disso, adotou o nome de “incorporação”.

Lembre-mos que a Lei das S/A é uma das normas tecnicamente melhor feitas em nosso ordenamento. Até hoje, quase 40 anos depois, ela continua a ser objeto de admiração dos especialistas da área e muitas vezes ainda os surpreende com soluções originais que não tinham sido devidamente percebidas. É possivelmente um equívoco pressupor que o legislador tenha atuado de forma descuidada, descompromissada ou disparatada na escolha do nome dessa operação societária. Por conseguinte, o ponto vale uma reflexão.

A justificativa do Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 6.404/76 assim comenta: “*A incorporação de ações, regulada no artigo 253 é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada*”.

Com efeito, sob certa ótica pode-se dizer que a incorporação de ações equivale à incorporação normal (ou que ambas compartilham características importantes), diferenciando-se dela por não acarretar a extinção da incorporada. Tal como na incorporação normal a integralidade do patrimônio da sociedade cujas ações são incorporadas passa a ser detido pela sociedade incorporadora. Em uma operação, na incorporação normal, o patrimônio da sociedade incorporada passa a ser integralmente de propriedade direta da incorporadora, na outra operação, incorporação de ações, o patrimônio da sociedade “incorporada” também passa ser integralmente de propriedade da incorporadora, embora indiretamente.

Não se está, aqui, afirmando que as operações se igualam, ou que a diferença entre elas é irrelevante. É óbvio que são diferentes. O que se afirma é que, sob certos pontos de vista, não se diferenciam tanto assim.

E, justamente, sob a ótica do acionista proprietário das ações que são incorporadas não parece existir diferença com a incorporação normal. Seja na incorporação normal, seja na incorporação de ações, ele, que até certo momento era detentor de ações de uma empresa, deixa de sê-lo e passa a ser sócio de outra empresa. Para ele, é irrelevante o fato de a empresa da qual ele era acionista deixar de existir por ter sido incorporada, ou passar a ser subsidiária integral porque teve suas ações incorporadas.

Não só, na incorporação normal também ocorre um aumento de capital da sociedade incorporadora.

Na incorporação de ações igualmente será avaliado o valor do patrimônio que ingressará na sociedade incorporadora, pois os acionistas da sociedade a ser incorporada não aceitarão que se ignore o valor de mercado de seus bens (as ações), adotando-se o valor histórico e, com isso, transferindo riqueza para os acionistas da sociedade incorporadora.

Outra coincidência entre incorporação normal e incorporação de ações sob a ótica do acionista, pessoa física (e, por extensão, do domiciliado no exterior): em ambos os casos não há previsão legal específica e expressa de qual tratamento tributário a ser adotado. No entanto, entende-se que na incorporação normal não há aquisição de disponibilidade, não há realização da riqueza potencial contida na ação da sociedade incorporada (nessa linha, inclusive, os antigos PNs-CST antes mencionados).

Frente a isso pergunta-se: qual a razão para reservar para a incorporação de ações um tratamento tributário distinto? Apenas em razão de uma diferença totalmente externa ao acionista, ou seja, a sociedade ser incorporada ou passar a ser subsidiária integral da sociedade incorporadora? Em minha opinião e com a devida vênia, não parece haver fundamento racional para concluir, via interpretação, que seria razoável esse tratamento distinto.

Acredito que a linha de interpretação aqui sustentada casa melhor com toda a sistemática do imposto sobre a renda. Afirmar que toda e qualquer alienação de bem tem o potencial de ser realização da riqueza potencial e, por isso, aquisição de disponibilidade da renda a meu ver deixa sem resposta porque sempre se entendeu que na incorporação normal não haveria realização, aquisição de disponibilidade e prática da hipótese de incidência do IR. O mesmo se diga da permuta. Na incorporação normal e na permuta, como visto, ocorre indubitavelmente alienação: aquele que era detentor do bem “A” deixa de sê-lo e passa a ser o detentor do bem “B”. Por que algumas alienações levariam à tributação e outras não? A questão não pode ficar sem resposta. A meu ver, a resposta é que, em algumas operações, mesmo ocorrendo uma alienação há uma continuidade da situação patrimonial econômica, não há realização e, por via de consequência, a hipótese de incidência do IR não se materializa.

Não ignoro que a operação de incorporação de ações pode ser utilizada em planejamentos fiscais destituídos de substância, por exemplo, para somente propiciar o registro de um ágio e sua posterior amortização, mas sem gerar ganho de capital. No entanto, casos assim (que definitivamente não é a hipótese concreta em análise) geralmente podem ser – como têm sido – impugnados com base em outras razões mais fundamentadas. Talvez fosse o caso de se pensar em uma alteração legislativa. No entanto, não cabe pretender dar certo tratamento tributário inadequado genericamente, apenas devido à potencialidade de gerar abusos.

Assim, tenho por lamentáveis as razões de veto da Presidência da República ao artigo 10 do Projeto de Lei de Conversão n. 18/2014. Mais uma vez prefere-se cometer uma injustiça tributária com muitos em razão dos abusos praticados por uma minoria, sendo que o problema poderia ser eficazmente combatido com uma norma elaborada com mais esmero e com maior dedicação no trabalho de fiscalização por parte da Administração Fiscal. Prefere-se, no entanto, o caminho fácil, mas injusto, de um tratamento geral inapropriado para a minoria.

Por todos esses motivos e novamente com vênias pelas respeitáveis opiniões em sentido contrário, dou provimento ao Recurso Voluntário.

Jimir Doniak Junior