



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 10880.721059/2013-53  
**Recurso n°** Especial do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9202-005.534 – 2ª Turma  
**Sessão de** 27 de junho de 2017  
**Matéria** 10.624.4160 - GANHO DE CAPITAL - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.  
10.604.4167 - ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.  
**Recorrente** OSÓRIO HENRIQUE FURLAN JUNIOR E MÁRCIA REGINA PASSOS FURLAN  
**Interessado** PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

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

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

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. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), que lhe deram provimento e a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deu provimento parcial. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Patrícia da Silva e Ana Paula Fernandes.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício).

## Relatório

Trata o presente processo de auto de infração AI - de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física, às e-fls. 510 a 515, cientificado aos contribuintes Osório Henrique Furlan Junior e Márcia Regina Passos Furlan - esta por sujeição passiva solidária, porque casada com Osório em regime de comunhão universal de bens -, em 23/03/2013 (e-fls. 554 e 555).

O lançamento visou à constituição de créditos devido à omissão dos ganhos de capital auferidos na alienação da totalidade das ações da HFF Participações S.A - HFF e alienação da totalidade das ações preferenciais da Sadia S.A. - Sadia, ambas para a BRF Brasil Foods S.A. - BRF, por meio de incorporação de ações, conforme consta no termo de verificação fiscal - TVF às e-fls. 516 a 551.

O crédito lançado atingiu o montante de R\$ 19.035.771,79, já calculado com multa de ofício e juros de mora até março de 2013, para os fatos geradores ocorridos em 08/07/2009 e 18/08/2009.

De acordo com o TVF, o contribuinte era inicialmente titular de participação societária nas empresas HFF e Sadia, e, nos termos de operação de incorporação de ações, passou a ter participação societária na BRF, tornando-se essa última a única investidora da HFF e da Sadia, conforme representado a seguir:

### Situação Inicial

Sócios => HHF Sadia
------------------------

### Incorporação de Ações

Sócios => BRF => HHF Sadia
-------------------------------

Pela diferença do valor entre sua participação societária inicial e a participação societária recebida, em face do aumento de capital realizado na empresa BRF,

mediante a conferência da participação societária inicial, na operação de incorporação de ações, a fiscalização apurou ganho de capital, nos seguintes termos:

### 1 - Incorporação de Ações - HFF => BRF

( ) Número de Ações da HFF alienadas	10.805.490
(*) Custo Unitário (médio) da ação da HFF	1,00
(=) Custo Total das ações alienadas	10.805.490,00
( ) Ações da BRF recebidas por ação da HFF	0,166247
(*) Número de Ações da HFF alienadas	10.805.490
(=) Total de ações da BRF recebidas	1.796.380
(*) Preço Unitário da Ação da BRF	39,40
(=) Valor Total das ações recebidas	70.777.372,00
( ) Valor Total das ações recebidas	70.777.372,00
(-) Custo Total das ações alienadas	-10.805.490,00
(=) Ganho de Capital Apurado	59.971.882,00

### 2 - Incorporação de Ações - Sadia => BRF

( ) Número de Ações da Sadia alienadas	879.713
(*) Custo Unitário (médio) da ação da HFF	4,19
(=) Custo Total das ações alienadas	3.685.997,47
( ) Ações da BRF recebidas por ação da HFF	0,132998
(*) Número de Ações da Sadia alienadas	879.713
(=) Total de ações da BRF recebidas	117.000
(*) Preço Unitário da Ação da BRF	39,32
(=) Valor Total das ações recebidas	4.600.440,00
( ) Valor Total das ações recebidas	4.600.440,00
(-) Custo Total das ações alienadas	-3.685.997,47
(=) Ganho de Capital Apurado	914.442,53

O auto de infração foi impugnado, às e-fls. 558 a 604, em 23/04/2013. Já a 5ª Turma da DRJ/BHE, no acórdão nº 02-49.307, prolatado em 27/09/2013, às e-fls. 748 a 763, considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformado, em 12/02/2014, o contribuinte, interpôs recurso voluntário - RV, às e-fls. 768 a 827, cuja síntese argumentativa se extrai ao seu final:

### *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 sub-rogação 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 realizados/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.*

### **Juros**

*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.*

(Sublinhas do original.)

Em 08/05/2014, foram apresentadas contrarrazões ao recurso voluntário, pela a Procuradoria da Fazenda Nacional, às e-fls. 831 a 853.

O recurso voluntário foi apreciado, em 10/02/2015, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, resultando no acórdão nº 2202-002.980, às e-fls. 932 a 972, que tem a seguinte ementa:

*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**

O acórdão teve o seguinte teor:

*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.*

### **Recurso especial dos sujeitos passivos**

Por meio da Intimação nº 08.196/1241/2015 (e-fl. 977), os sujeitos passivos foram cientificado do acórdão em 10/08/2015 (e-fls. 980 e 981). Em 25/08/2015, eles apresentaram recurso especial de divergência, às e-fls. 984 a 1024, no qual, em suma, pretendem demonstrar divergência quanto a duas matérias:

a) operação de incorporação de ações não caracterizaria alienação, configurando hipótese de sub-rogação, não impactando acréscimo patrimonial, com base nos seguintes argumentos divergentes postos no acórdão paradigma nº 9202-003.579:

i) o patrimônio do sócio é substituído por outro de idêntico valor, independentemente da vontade dos sócios, por deliberação da pessoa jurídica, isso descaracteriza a alienação, que é um ato decorrente da manifestação de vontade;

ii) não ocorrência de alienação, mas mera substituição na participação societária, sub-rogação real, sem incidência de imposto de renda;

iii) ignorada a ausência da manifestação de vontade, a única possibilidade de alienação seria a permuta sem torna, sobre a qual, independentemente da natureza dos bens trasladados, não deve sofrer incidência do IRPF;

iv) somente quando há alienação da participação com recebimento de quantias pelos sujeitos passivos é que se verificaria ganho tributável, antes disso não há realização de renda.

b) exigência de juros sobre multa de ofício, indevida pelo entendimento expresso nos acórdãos paradigmas nº 9101-00.722 e nº 02-03.133 que entendem não serem as multas de ofício caracterizáveis como tributo.

Por fim, pleiteia a procedência do seu recurso especial de divergência para que sejam sanadas as divergências apontadas.

O recurso especial interposto pelo contribuinte e pela responsável solidária foi apreciado pela Presidente da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015, por meio do despacho de e-fls. 1130 a 1136, em 10/09/2015. Foi dado seguimento ao recurso para que sejam rediscutidas as duas matérias: natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não, e juros de mora sobre a multa de ofício.

### **Contrarrazões da Fazenda**

A Procuradoria da Fazenda Nacional teve ciência da admissibilidade do recurso especial, em 11/09/2015 (e-fl. 1137), apresentando contrarrazões em 28/09/2015, às e-fls. 1138 a 1158.

Argumenta, inicialmente, que a incorporação de ações não importa em sub-rogação real, pois nesta há substituição de um bem por outro que lhe tenha identidade jurídica, e ações de uma companhia não tem essa identidade com a de outra. De plano, se vê que há

alteração de relação jurídica, pois se tratam de títulos mobiliários referentes a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a estatutos sociais diversos. Além disso, a Procuradora exemplifica: *As ações originárias legitimavam o acionista a receber dividendos da 'sociedade A'. As ações supostamente substitutas legitimam o acionista a receber dividendos da 'sociedade B'...o acionista será colocado em situação jurídica completamente nova."*

Afirma ainda não ser possível nem mesmo caracterizar como permuta essa operação, pois importa em subscrição (art. 252 da Lei nº 6.404/1976 - Lei das Sociedades por Ações) e esta sempre será uma obrigação pecuniária e não de troca, ainda que possa ser saldada com bens. Daí chega à conclusão que ocorre uma verdadeira alienação na incorporação de ações.

No tocante a ausência de manifestação de vontade, argumenta que a ausência de declaração da vontade é distinta dessa e, no caso da incorporação de ações, os acionistas da companhia incorporada manifestam sim sua vontade. O fazem, inclusive, em sede de Assembleia Geral, conforme preceitua o artigo 252, § 2º, da Lei das S/A; a Assembleia manifesta a vontade dos sócios da pessoa jurídica. Expressa ainda:

*Dessa forma, há duas manifestações de vontade na operação: a dos sócios em Assembleia Geral, aprovando a incorporação de ações e conferindo poderes de representação à sociedade empresária; a da sociedade empresária nos limites da representação conferida, que aliena as ações e as incorpora ao capital de outra sociedade.*

*Os efeitos da segunda manifestação de vontade, sejam civis, societários ou tributários, se darão em face do representado (acionista), não do representante (sociedade), pelo que se nota que, embora a incorporação de ações seja conduzida pela pessoa jurídica, o ganho ou perda patrimonial ocorre na pessoa do acionista. Essa conclusão parte do artigo 116 do Código Civil, já citado.*

(Negritos do original)

Em se tratando da disponibilidade de rendimentos financeiros para tributação pelo IRPF, afirma que não é essa a disposição normativa para incidência do imposto de renda, mas a econômica ou jurídica (art. 43 do CTN), que se dá pela própria incorporação das ações, implicando mutação patrimonial positiva para os sujeitos passivos, sem o ingresso de recursos financeiros. Exemplo disso seria a existência do art. 23 da Lei nº 9.249/1995.

Já quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, afirma que os débitos para com a União citados no art. 61 da Lei nº 9.460/1996, incluem tributos e multas de ofício sobre eles aplicadas.

Encerra, pedindo pela denegação de provimento recurso especial interposto.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Desde logo, há que se observar a inexistência de qualquer discussão em torno de apuração do tributo, tudo gira e torno da natureza jurídica da operação de incorporação de ações e seus efeitos tributários, bem como da possibilidade de exação de juros sobre as multas de ofício.

**a) Incorporação de ações; alienação sujeita à tributação de ganho de capital**

O posicionamento por mim adotado no que toca a operação de incorporação de ações, em tudo é concorde ao exposto pela e. conselheira Maria Helena Cotta Cardozo em seu voto na relatoria do acórdão nº 9202-003.579, enfrenta os mesmos questionamentos aqui colocados, com a seguinte dicção:

*Assim, de plano cabe assentar que a operação ora tratada é a incorporação de ações, prevista no art. 252, da Lei nº 6.404, de 1976, afastando-se desde já qualquer associação com a operação de incorporação de empresa, que não foi objeto do Auto de Infração. Com efeito, as peças processuais em momento algum apontam para qualquer associação ou eventual confusão envolvendo a operação autuada com a operação de incorporação de empresa.*

*Feitas estas considerações, verifica-se que a tributação do Imposto de Renda envolve uma série de incidências, legalmente previstas, cuja matriz encontra-se no art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:*

“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.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção

(...)”

*O dispositivo legal acima não deixa dúvidas acerca da abrangência da tributação do Imposto de Renda, abarcando qualquer evento que se traduza em aumento patrimonial, independentemente da denominação que seja dada à operação ou ao ganho. Nesse passo, resta cristalino que a exclusão da tributação pelo Imposto de Renda, de qualquer acréscimo patrimonial, tem de estar prevista em lei, já que a regra geral é a tributação.*

*Seguindo esta linha, a Lei nº 7.713, de 1988, assim dispõe:*

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

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

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

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

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

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

§ 4º **A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos**, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

(...)” (grifei)

*Assim, na esteira da determinação da Lei Complementar, a Lei Ordinária buscou abarcar todas as operações que importam em alienação, inclusive arrematando o rol do § 3º com a expressão “contratos afins”, deixando claro que a relação ali contida não se esgota. Mais ainda, a Lei Ordinária claramente determina que se deve buscar a essência material dos eventuais ganhos, independentemente da denominação que lhes seja atribuída.*

No caso em apreço, a operação objeto da autuação foi a incorporação de ações, da empresa HFF Participações S.A e a Sadia S.A. tiveram suas ações incorporadas pela BRF Brasil Foods S.A, com base no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, que assim estabelece:

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

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

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

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

HFF e Sadia tornaram-se assim subsidiárias integrais da BRF. Os negócios realizados indubitavelmente implicaram aumento patrimonial dos contribuintes e assim se manifesta a conselheira:

*Com efeito, não existe regra-matriz de incidência de Imposto de Renda que contemple, específica e literalmente, o ganho eventualmente obtido na operação de incorporação de ações. Entretanto, isso não significa que a operação se encontre a salvo da tributação, já que também não existe norma legal excluindo ou isentando da tributação tal operação. Assim, resta perquirir se, na esteira da Lei Complementar, bem como do § 4º, do art. 2º, da Lei nº 7.713, de 1988, acima transcrito, o ganho obtido na operação de incorporação de ações, na sua essência e materialidade, estaria contemplado em regra-matriz de incidência do Imposto de Renda.*

*Para tanto, é necessário que se abstraia a denominação “incorporação de ações”, constante do artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, cuja impropriedade foi inclusive remarcada pela doutrina, aqui representada por Fran Martins, cujo texto foi colacionado na peça de autuação:*

*“(…) apesar de falar a lei em incorporação (que na realidade não é), permanece existindo a sociedade que se converte em subsidiária integral, pois na verdade as suas ações são*

transferidas pelos acionistas para a sociedade controladora, recebendo esses acionistas, da primeira sociedade, em troca de suas ações, ações da controladora.” (Martins, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4ª edição, revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.040)

Nesses termos, adentrando à materialidade do negócio jurídico tipificado no art. 252 da Lei das SA, praticado no caso dos autos, constata-se:

- o aumento de capital da BRF Brasil Foods, sociedade incorporadora das ações, com a transferência das ações representativas desse aumento pelos acionistas da HFF e da Sadia, que se tornaram subsidiárias integrais da BRF, sendo que o respectivo pagamento não foi efetuado em dinheiro, mas sim em ações;

- ocorreu de fato uma alienação, já que a empresa BRF Brasil Foods adquiriu, dos sócios das duas empresas, todas as ações por estes detidas em outras sociedades, pagando o respectivo preço por meio da entrega de ações de sua emissão.

Nesse diapasão, seguiu explanando a relatora do voto que entendo escorreito:

*Destarte, verifica-se que o negócio jurídico tipificado no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, embora seja denominado “incorporação de ações”, trata-se, na sua essência, de uma modalidade de alienação, materializada pela transferência de ações, dos sócios daquela que passará a ser subsidiária integral, para a empresa incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens. Em contrapartida a incorporadora, ao invés de numerário, paga o respectivo preço também em ações. Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho, conforme os dispositivos legais já colacionados, constantes da Lei Complementar e da Lei nº 7.713, de 1988.*

*Nesse sentido, compulsando-se a legislação referente à tributação de operações envolvendo participações societárias, verifica-se que o art. 23, da Lei nº 9.249, de 1995, é aplicável à espécie, já que estabelece:*

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

*Concluindo, a operação ora analisada, por todos os argumentos esposados, encontra-se efetivamente sob a incidência do Imposto de Renda, portanto cabível a exigência contida no Auto de Infração, ressaltando-se que a desqualificação da penalidade não mais se encontra em discussão*

(...)

*O entendimento ora esposado foi explicitado por Luís Eduardo Schoueri, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito nº 200 (“Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários”, pp. 59/60 e 66/67):*

“Ante o exposto, concluímos que a incorporação de ações é:

- i) um negócio típico do Direito Societário, voltado à concentração empresarial;
- ii) que se operacionaliza mediante:
  - a) o aumento de capital da sociedade “incorporadora”, em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;
  - b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade ‘incorporada’, também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma autorização para fazê-lo no lugar dos acionistas;
- iii) que apresenta os seguintes efeitos:
  - a) alienação das ações da ‘incorporada’, a título de integralização do capital da ‘incorporadora’; b) transformação dos sócios da ‘incorporada’ em sócios da ‘incorporadora’; c) conversão da ‘incorporada’ em subsidiária integral da ‘incorporadora’.

(...)

Como acima evidenciado, na incorporação de ações, existe uma verdadeira alienação (disposição do direito de propriedade) das ações da sociedade ‘incorporada’. Logo, eventuais diferenças entre o valor de alienação de tais ações e o respectivo custo poderiam gerar a apuração de ganho (se positiva a diferença) ou perda (se negativa a diferença) de capital. O ganho de capital seria tributável para ambas as espécies de acionistas;

(...)

Com relação ao tratamento fiscal a que se submete o acionista pessoa física na incorporação de ações, uma evidência da compatibilidade entre a apuração de ganho de capital e o conceito de renda é oferecida pelo artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, que, ao que nos consta, nunca teve sua legalidade ou inconstitucionalidade questionada, muito menos declarada:

(...)Veja-se que interessante: o dispositivo acima transcrito alude à transferência de bens a título de integralização de capital. Na incorporação de ações, ocorre uma subscrição de capital com bens sujeita a regime extraordinário. O artigo 23 da Lei nº 9.249/1995 não esclarece ser aplicável apenas a conferência de bens que segue à risca os artigos 7º a 10 do Estatuto do Anonimato, nem que ele não se aplica nos casos em que as pessoas físicas são representadas, ainda que indiretamente.

Dessa feita, o artigo acima trazido à colação poderia ser aplicado aos casos de incorporação de ações. Mas, mesmo que se concluísse não ser possível essa aplicação direta desse dispositivo – cujo escopo não foi o de criar hipótese de tributação de ganho de capital, mas permitir o diferimento da tributação desse ganho, mediante a transferência de bens a valor contábil – ele nos mostra que, aos olhos da legislação, é admitida a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado na troca de um bem por ações ou quotas de uma empresa.”

*E ainda Fran Martins:*

“Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima existente 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 a ser incorporada.” (Martins, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4ª edição, revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.040)

Assim, ficou assentado que o imposto de renda incide sobre a operação em tela nos termos da legislação apontada, e ao enfrentar argumentos do contribuinte naquele processo, que tinham o mesmo teor do atual, forte não só na legislação, mas também em abalizada doutrina conforme, no citado acórdão, a então conselheira relatora com precisão explanou, *in verbis*:

*... a incorporação de ações, na sua essência, caracteriza uma alienação, sujeita à incidência de Imposto de Renda, quando apurado ganho de capital, como ocorreu no caso em exame.*

*Ainda assim, os principais argumentos que sustentaram a tese do Contribuinte serão enfrentados, a saber:*

*- a suposta posição de passividade do Contribuinte, no caso de incorporação de ações;*

*- a ausência de circulação de numerário e a suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa;*

*- a identificação da operação de incorporação de ações com a sub-rogação real ou a permuta.*

*Quanto ao primeiro argumento, observa-se que a alegada passividade do sócio da empresa cujas ações são incorporadas é bastante discutível, já que, ao ingressar em uma sociedade empresarial, o sócio automaticamente está concordando com a sistemática de adoção de decisões majoritárias, o que obviamente implica na aceitação de que eventualmente possa se encontrar em situação minoritária. Ademais, para o sócio dissidente sempre existe o direito de retirada, garantido no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas.*

(...)

*Nesse sentido, manifesta-se a doutrina Luís Eduardo Schoueri, em artigo já citado no presente voto (pp. 57 e 67):*

*“Ainda que tivesse alguma relevância a investigação acerca da vontade específica dos acionistas quanto à incorporação de ações (o que se cogita apenas para argumentar), não se poderia afirmar que tal vontade seria ausente. Acerca da maioria, poder-se-ia dizer (embora impropriamente) que eles concordariam com a transferência das ações, já que teriam votado favoravelmente à sua conclusão. E quanto à minoria, haveria de se levar em conta a previsão, no parágrafo 2º do artigo 252, do direito de retirada. Uma vez não exercido esse direito, seria presumível a aceitação da operação pelos acionistas dissidentes (o negócio jurídico também se forma pelo ‘comportamento concludente’).*

(...)

*Mencione-se, ainda, que não há óbice à conclusão acima apresentada na alegação de que não seria cabível a apuração de ganho de capital na incorporação de ações em razão de a transferência das ações da sociedade ‘incorporada’ dar-se de maneira alheia à vontade do acionista. Como já demonstrado, não concordamos com a afirmação de que faltaria vontade na operação. Na incorporação de ações, há alienação, o que é suficiente para o surgimento do ganho, independentemente da natureza do negócio.”*

Importante salientar ainda o argumento trazido nas contrarrazões da Fazenda que enfocam a vontade dos contribuintes expressa através da representação dos sócios contida na deliberação da Assembléia Geral e em particular o argumento que novamente peço vênia para reproduzir:

*Dessa forma, há duas manifestações de vontade na operação: a dos sócios em Assembleia Geral, aprovando a incorporação de ações e conferindo poderes de representação à sociedade empresária; a da sociedade empresária nos limites da representação conferida, que aliena as ações e as incorpora ao capital de outra sociedade.*

Retomando o caminho proposto pela conselheira relatora do citado acórdão, Dra. Maria Helena, temos a seguinte consideração sobre a base normativa do ganho de capital ocorrido:

*Quanto ao argumento, no sentido de que não haveria ganho na operação ora tratada – ausência de circulação de numerário e suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa – o art.*

*23 da Lei nº 9.249, de 1995, que é dirigido às Pessoas Físicas, quando se refere à integralização em bens, não deixa dúvidas sobre a possibilidade de tributação pelo Imposto de Renda, mesmo sem que ocorra a circulação de numerário.*

*Ainda que assim não fosse, o art. 43 do CTN é claro, no sentido de que qualquer disponibilidade – econômica ou jurídica – caracteriza a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, sem a exigência de que haja fluxo financeiro. Assim, para que se caracterize a disponibilidade, é suficiente que haja o direito incontestável ao ganho. E, no caso da incorporação de ações, surge para o acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas, incontestavelmente, a disponibilidade sobre as ações recebidas da incorporadora. Ditas ações passam a integrar o patrimônio do acionista da subsidiária integral, já que este passa a fruir do seu valor agregado.*

*No entender do Contribuinte, as características acima, já rechaçadas no presente voto, conduziriam à identificação da operação de incorporação de ações com uma sub-rogação real derivada de lei, ou com uma simples permuta. Entretanto, tais associações não resistem a uma análise mais profunda.*

*Quanto à identificação da incorporação de ações com uma sub-rogação real, esta não se sustenta, já que, conforme o próprio trecho colacionado pelo Contribuinte, excerto do voto condutor do acórdão recorrido, com tal sub-rogação “opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído”. Ora, de plano constata-se que a incorporação de ações não se amolda a tal definição, já que o dispositivo legal que a prevê em momento algum aponta para uma relação de substituição absoluta, muito menos para a manutenção da mesma natureza jurídica ou o mesmo regime jurídico do bem substituído. A título de exemplo, a própria classe das ações poderia ser diferente, após a incorporação. A impropriedade de tal comparação foi inclusive registrada por Luís Eduardo Schoueri, em obra já citada no presente voto (p. 52):*

*“Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.*

*Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de ‘B’ deveriam ser consideradas como ações de ‘A’. Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia ‘incorporada’, como as da ‘incorporadora’, são tratadas em si e por si. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de ‘B’ não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de ‘A’, o que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta.”*

*No que tange à identificação da operação de incorporação de ações com uma permuta, com vistas a alijá-la da tributação pelo Imposto de Renda, lembre-se de que tal operação encontra-se inserida no rol daquelas que importam em alienação, constantes do § 3º, do art. 3º, da Lei nº 7.713, de 1988. Entretanto, a operação prevista no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas, como já demonstrado no presente voto, trata-se de subscrição de capital, e como tal, pressupõe a estipulação de um preço, expresso em moeda, o que a afasta definitivamente do conceito de permuta, no sentido de simples troca, como quer o Contribuinte. Com efeito, no caso em apreço, o valor das ações recebidas da incorporadora em muito superaram o valor das ações incorporadas, o que por si só já evidencia o ganho de capital, sem qualquer justificativa legal para que não seja tributado pelo Imposto de Renda. Na espécie, cabe aqui reiterar a doutrina de Modesto Carvalhosa, cujo texto foi colacionada na peça de autuação:*

*“(...) os controladores, voluntariamente, e os minoritários (que não exercitem o direito de recesso), compulsoriamente, adquirem ações da incorporadora, tendo como moeda de pagamento as ações de emissão da incorporada, de sua propriedade. Assim, não há troca ou permuta, como se poderia concluir numa primeira impressão. Os acionistas da incorporada subscrevem o aumento de capital da incorporadora com suas ações de emissão daquela. (...) No mais, trata-se de um aumento de capital da incorporadora, mediante conferência de todas as ações de emissão da incorporada.” (Carvalhosa, Modesto, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4º Volume, Tomo II, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011, PP. 173)*

Além disso, quanto a existência de sub-rogação invocada no recurso especial com base em: Parecer Normativo CST nº 39/81 e Parecer CVM, no Processo RJ-2014-2584, salienta-se que, no caso do primeiro, tratava-se de fusão, incorporação ou cisão de empresas e não de incorporação de ações, ou seja, uma universalidade patrimonial. Já o Parecer CVM, para um determinado processo, serve apenas como argumento, pois não implica qualquer vinculação neste processo fiscal, valendo não mais do que os argumentos doutrinários e de julgados trazidos em sentido contrário, seja pela conselheira Maria Helena em seu percuciente voto, seja pela Procuradora em suas contrarrazões.

Dessarte, entendo não ser devido o provimento ao recurso especial de divergência quanto a essa matéria.

#### **b) Juros de mora sobre multa de ofício**

Quanto ao art. 61, §3º da Lei nº 9.430, de 1996, utilizado pela autoridade lançadora para fins de caracterização da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, entendo assistir razão à Fazenda quanto à interpretação do mesmo abranger, à luz do caput do mesmo, não só o valor dos tributos em si, mas também a multa de ofício, visto que: (a) decorre, sim, a referida multa de ofício dos referidos tributos ou contribuições quando lançados pela autoridade tributária e, ainda, (b) a multa de ofício integra, ainda, a obrigação tributária principal, com fulcro no art. 113, § 1º do Código Tributário Nacional, bem como o conceito de crédito tributário, cabível assim a incidência de juros de mora sobre seu valor, com fulcro no art. 161 do CTN.

Acerca desta última consideração, entendo decorrer tal abrangência da multa de ofício no conceito de crédito tributário diretamente do disposto nos arts. 142 e 161 do CTN, na forma brilhantemente disposta no voto de relatoria do Conselheiro Marcelo Oliveira no âmbito do Acórdão 9.202002.600, o qual adoto aqui como razões de decidir, *in verbis*:

“(...)

*Quanto ao mérito, em nosso entender o Código Tributário Nacional (CTN) define a questão.*

CTN:

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

...

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

§1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

*Pela leitura das determinações legais acima chegamos à conclusão que a multa de ofício – apesar de não possuir natureza tributária – integra o crédito tributário, pois este é composto pelo tributo somado aos acréscimos legais, incluindo o valor da multa, como fica claro no Art. 142 do CTN, que inclui, no término da sua redação, a aplicação da penalidade cabível. (g.n.)*

Dessa forma, também não há que se prover o recurso especial no tocante à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício objeto de lançamento.

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial do contribuinte para, no mérito, negar-lhe provimento e manter o acórdão recorrido.

*(Assinado digitalmente)*

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

## Declaração de Voto

Conselheira Patricia da Silva.

De acordo com a observação do ilustre Relator: “Desde logo, há que se observar a inexistência de qualquer discussão em torno de apuração do tributo, tudo gira e torno da natureza jurídica da operação de incorporação de ações e seus efeitos tributários, bem como da possibilidade de exação de juros sobre as multas de ofício.”

A discussão da incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física em face da operação de “incorporação de ações” de não ser matéria nova neste Conselho, e as razões constantes do voto do ilustre Relator, são as razões do Voto Vencido do acórdão 9202.003.579, que entendo, não trazer fundamentações a me convencerem de que seria necessário alterar o posicionamento deste CARF quanto à questão.

Como relevantes e esclarecedoras, trago como razões de minha Declaração de Voto, o posicionamento desta Câmara Superior de Recursos Fiscais no supramencionado acórdão, *verbis*:

*Como dito acima, a matéria envolve a exigência de imposto de renda incidente sobre ganho de capital apurado em operação denominada “incorporação de ações”, a qual se encontra disciplinada pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76, da seguinte forma:*

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

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

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

*disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.*

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

*Estão citados como enquadramentos legais da infração, dentre tantos outros, o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, segundo os quais:*

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

*Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.*

*§ 1º. Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.*

*§ 2º. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.*

*(...)*

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

*Isso caracteriza alienação, com ganho de capital, da forma prevista no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e no artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95?*

*De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, Alienar significa “Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear;”.*

*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.*

*Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela. Já a integralização de capital consiste na subscrição de capital, quando uma sociedade comercial é constituída, ou seja, os sócios assinam um termo prometendo injetar valores na empresa, quer sob a forma de dinheiro ou de bens e direitos.*

*A integralização do capital é o cumprimento da promessa, quando do sócio efetivamente entrega os valores ou bens para a 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.*

*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 assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.*

*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.*

*Importante, neste momento, trazer à colação trecho da obra Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76, coordenada por Rodrigo Monteiro de Castro e por Leandro Santos de Aragão, Editora Quartier Latin, 2007, p. 119-143, contém artigo de autoria de Alberto Xavier, chamado Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário, que muito bem esclarece a questão:*

*[...] Na verdade, incorporação de ações e incorporação de sociedades são fenômenos radicalmente distintos. As características essenciais da incorporação de sociedades consistem na transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, ocorrendo uma sucessão a título universal (art. 227, “caput”), bem como na extinção da sociedade incorporada, sem liquidação, a qual ocorre*

*precisamente em decorrência da transmissão do seu patrimônio a título universal (art. 227, § 3º).*

*(...)*

*Na figura da incorporação de ações não ocorre nenhum dos traços essenciais da incorporação de sociedades.*

*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 ocorre 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 respectiva personalidade jurídica, pressuposto lógico necessário da conversão da sociedade pré-existente em subsidiária integral da “companhia incorporadora” das ações.*

*(...)*

*Pode, pois, concluir-se não existir qualquer relação de identidade nem sequer de analogia entre a figura da incorporação de ações, regulada no art. 252, e a figura da incorporação de sociedades, regulada no art. 227.*

*Também são totalmente distintas a figura da incorporação de ações e a figura da subscrição de capital em bens, regulada nos artigos 7º a 10.*

*(...)*

*A figura da subscrição de capital em bens reveste, pois, a natureza jurídica de um contrato entre o acionista e a sociedade, pelo qual o acionista transfere a titularidade de um bem ou direito pré-existente no seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, a qual, afetando esse bem ao seu próprio capital social, emite ações que são atribuídas ao acionista em contrapartida dos bens ou direitos conferidos.*

*(...)*

*A conferência de bens para a subscrição de capital é um ato de alienação cuja especificidade radica no fato de a contraprestação correlativa à entrega pelo sócio dos bens conferidos para integralização do capital estar na entrega pela sociedade, não de dinheiro ou bens de pagamento (como sucede na compra e venda), nem de bens de primeiro grau (como sucede na permuta), mas de bens de segundo grau, que são as ações ou quotas representativas do status de sócio do subscritor.*

(...)

*Fácil se torna, pois, demonstrar que a figura da incorporação de ações regulada no art. 252 é radicalmente distinta da figura de subscrição de aumento de capital em bens.*

*Tenha-se presente que o objetivo essencial da figura da “incorporação de ações” consiste na “incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral” (art. 252 “caput”).*

*Ora, se a incorporação de ações se fizesse pelo mecanismo da subscrição de capital em bens, isto é, pelo mecanismo de subscrição entre os sócios e a sociedade, o objetivo de constituição de subsidiária integral exigiria, necessariamente, a unanimidade dos sócios da sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, de tal modo que bastaria a discordância de um para que a operação se tornasse inviável.*

*Precisamente porque a lei pretendeu viabilizar a formação superveniente de subsidiária integral, prescindindo a regra da unanimidade, ela foi forçada a abandonar a construção jurídica da figura da incorporação de ações baseada numa pluralidade de contratos de subscrição em bens, para optar pela configuração jurídica da operação como um contrato não já entre sócio e sociedade, mas entre duas sociedades, a companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e a companhia incorporadora.*

*Este contrato resulta da convergência da vontade das duas companhias, expressa nas deliberações das respectivas assembleias gerais, a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 252.*

*A configuração da operação de incorporação de ações como um contrato entre duas sociedades, e não como um contrato entre sócio e sociedade (como é a conferência de bens), resulta da necessidade de permitir que ela seja aprovada pela maioria e não pela unanimidade dos sócios, sendo que a maioria na sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas é uma maioria qualificada, exigindo o voto da metade, no mínimo, das ações com direito a voto (art. 252, § 2º).*

(...)

*Se bem se reparar, em parte alguma o art. 252 atribui relevância à manifestação de vontade do sócio na sua qualidade de subscritor, como sucederia se se tratasse de subscrição de capital em bens, atuando apenas o sócio nas vestes de membro de um órgão da companhia – a assembleia geral – na qual pode exprimir o seu direito de voto.*

*O objeto do contrato de incorporação de ações é precisamente a totalidade das ações do capital social de*

*uma companhia que será objeto de ato de subscrição a ser praticado pela própria companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e de ato de aumento de capital na companhia incorporadora das ações.*

*É precisamente da fusão destes atos unilaterais praticados ao nível corporativo de cada uma das sociedades que resulta o contrato de incorporação de ações.*

(...)

*Um dos efeitos típicos do contrato de incorporação de ações consiste precisamente na substituição no patrimônio dos sócios das ações previamente existentes, representativas do capital da sociedade da qual originariamente participavam, por ações da sociedade incorporadora emitidas em consequência da incorporação das mesmas ações.*

*Trata-se de fenômeno meramente substitutivo, que não decorre de uma transmissão, seja ope voluntaris, seja ope legis.*

*O único fenômeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, “aprovado o laudo de avaliação pela Assembléia Geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.”*

*O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.*

*Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens.*

(...)

*No que concerne às pessoas físicas, trata-se de saber se, caso o aumento de capital da companhia incorporadora de ações se tenha baseado em laudo de avaliação que fixe o valor das ações a preço de mercado, superior ao valor pelo qual tais ações constam da declaração de bens dos*

*sócios, será a diferença a maior tributável como ganho de capital, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.*

(...)

(...)

*Em face das considerações pendentes, relativas à natureza jurídica da figura de incorporação de ações e à nítida distinção relativamente à figura de subscrição de aumento de capital em bens, fácil se torna concluir que o art. 23 acima citado é exclusivamente aplicável a esta última figura, como aliás resulta do seu próprio caput, que se refere a uma transferência “a título de integralização de capital”.*

*Ora, como atrás já largamente se demonstrou, enquanto na subscrição de bens para aumento de capital a operação é realizada entre o sócio e a sociedade, na figura da incorporação de ações a operação é realizada entre suas sociedades, a sociedade incorporadora das ações e a sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, sendo que o aumento de capital será subscrito por esta última.*

*Conseqüentemente, na figura da incorporação de ações o acionista não transfere bens ou direitos de qualquer natureza, limitando-se, de modo estático e passivo (como numa “quase desapropriação”), a ter no seu patrimônio substituídas as ações que previamente detinha pelas novas ações emitidas pela companhia incorporadora, ocorrendo um fenômeno de sub-rogação real.*

*Não sendo aplicável à hipótese de incorporação de ações o art. 23 da Lei nº 9.249/95, os sócios pessoas físicas poderão manter o mesmo valor das ações da companhia incorporada, constante das declarações anteriores, limitando-se a informar que esse mesmo valor se refere às ações da companhia incorporadora que as substituíram.*

*A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá em caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho computado pela diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens.*

*Tenha-se finalmente presente que esta é a solução que melhor se adequa ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), pois só neste momento ocorrerá realização efetiva de um ganho, até então meramente potencial, pois precisamente neste momento é que ocorrerá a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda.*

*No mesmo sentido, leciona NELSON EIZIRIK [**Incorporação de ações: aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 78-99]:*

*A incorporação de ações constitui a operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/1976.*

*A incorporação de ações para o fim de constituição de subsidiária integral constitui manifestamente um instituto jurídico decorrente do processo crescente de concentração empresarial.*

*O moderno capitalismo caracteriza-se, conforme pode ser observado na prática de negócios, por um alto grau de concentração econômica, o qual decorre de três fatores essenciais: a) da existência de economias de escala que a concentração possibilita, quer ao nível da unidade técnica de produção, quer ao nível da gestão empresarial, dado que os empresários buscam sempre minimizar seus custos de produção e de distribuição dos produtos; b) o impacto dos avanços tecnológicos na produção econômica; como a inovação tecnológica constitui uma das principais fontes de lucros das empresas e dada a maior dificuldade de seu desenvolvimento em unidade isoladas de produção, há uma tendência crescente para a concentração; c) da necessidade de diversificação na produção e distribuição dos produtos, com a conseqüente diminuição dos riscos inerentes a uma atividade monoprodutora.*

*É inegável que uma das funções básicas do moderno direito societário é a de prover os instrumentos jurídicos adequados à instrumentalização e disciplina legal do processo de concentração empresarial.*

*Nesse sentido, podemos verificar, conceitualmente, a existência de dois grandes grupos de instrumentos jurídicos societários aptos a instrumentalizarem a concentração empresarial:*

*a dois institutos que permitem a conjugação de atividades, porém mantida a personalidade jurídica das empresas, como ocorre com os grupos de sociedades; e*

*a dois institutos que instrumentalizam a concentração por integração ou interpretação societária, como ocorre nas fusões e incorporações, em que desaparece a personalidade jurídica de uma das empresas envolvidas.*

*Além dos institutos clássicos acima referidos, a disciplina jurídico-societária prevê determinados institutos híbridos, como é o caso da incorporação de ações para constituição de subsidiária integral, na qual procede-se a uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas, passando ela, porém a ter apenas um acionista.*

*[...] Trata-se, portanto, de típica operação de integração empresarial, que não se confunde com a operação de aumento de capital, embora traga, como uma de suas consequências, por força da incorporação das ações da incorporada ao capital da incorporadora, o aumento de capital desta última.*

*[...] A subscrição constitui o ato pelo qual alguém transfere a título de propriedade bens ou direitos de seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, passando tais bens ou direitos a integrar o fundo comum ou social. Em contrapartida à conferência dos bens para a integralização do capital social, são atribuídas ao subscritor, que passará a gozar, a partir de então, do 'status socii'.*

*A subscrição de capital em bens, está prevista nos artigos 7º a 10 da Lei das S.A, encerra um contrato entre a sociedade e o novo acionista.*

*Na incorporação de ações, por outro lado, é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade.*

*[...] Uma outra diferença entre a subscrição e a incorporação de ações centra-se no elemento vontade. Com efeito, na subscrição, o subscritor manifesta sua vontade de se tornar sócio da companhia. Trata-se de ato unilateral e voluntário, pelo qual a pessoa que deseja se tornar acionista da sociedade manifesta a sua vontade de contribuir para o capital social, obrigando-se por determinado número de ações.*

*Na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.*

*Na incorporação de ações, assim, haverá subscrição, independentemente da vontade do acionista minoritário, de ações da sociedade incorporadora com a totalidade das ações do capital social da companhia cujas ações serão incorporadas.*

*[...] Na incorporação de ações, assim como ocorre na incorporação de sociedades, os acionistas da companhia incorporada perdem a titularidade das ações de sua propriedade e, em contrapartida, recebem ações de emissão da incorporadora.*

*Contudo, a operação de incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei Societária, não se confunde com a incorporação de sociedades.*

*Nos termos do artigo 227 da Lei Societária, a incorporação de sociedade constitui operação mediante a qual uma das sociedades é absorvida por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações.*

*Assim, em decorrência da incorporação, a sociedade incorporada desaparece e o seu patrimônio é incorporado à sociedade incorporadora, que realiza um aumento de capital a ser subscrito com a versão do patrimônio da incorporadora.*

*Os acionistas da incorporadora perdem os direitos que tinham em relação ao patrimônio da sociedade extinta e passam a ser acionistas da sociedade incorporadora, recebendo, em substituição às suas antigas ações, ações de emissão da sociedade incorporadora.*

*A Lei n. 6.404/76 especificou, nos três parágrafos do artigo 227, o procedimento a ser observado tanto pela companhia incorporadora quanto pela incorporada.*

*Por sua vez, a incorporação de ações, como antes referido, constitui operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/76.*

*Não há, na hipótese prevista no artigo 252 da Lei das SA, embora a norma mencione “incorporação” de ações, incorporação de uma sociedade por outra.*

*A doutrina, aliás, tem criticado a utilização, pelo legislador, da palavra “incorporação”, conhecida como uma operação em que se extingue a sociedade incorporada, sendo sucedida pela incorporadora, o que não ocorre na incorporação de ações.*

*[...]A incorporação de ações disciplinada no artigo 252 da Lei das S.A constitui negócio plurilateral, cujo objeto é a integração de participação societária, mediante a agregação de todas as ações da incorporadora ao patrimônio da incorporadora, mantida a personalidade jurídica da incorporada. Ou seja, não há, na incorporação de ações, a extinção da sociedade, cujas ações foram “incorporadas”, muito menos a sucessão em seus direitos e obrigações.*

*[...] A operação prevista no artigo 252 da Lei das S.A, tem por objetivo a transformação de sociedade pluripessoal em subsidiária integral, mediante a “incorporação” da totalidade das ações de sua emissão ao patrimônio da companhia “incorporada”.*

*Uma das principais características da operação de incorporação de ações é a compulsoriedade da transferência das ações dos acionistas, independentemente*

*de seu consentimento. Isto é, verifica-se a total ausência do elemento volitivo para a efetivação e concretização deste tipo de operação.*

*A operação de incorporação de ações decorre unicamente da deliberação assemblear, a cuja decisão os acionistas eventualmente discordantes não poderão opor-se, estando impossibilitados de impedir a operação.*

*É nas assembleias gerais que será verificada a vontade social das duas sociedades: a incorporadora e a da que terá suas ações incorporadas.*

*Uma vez adquirida a personalidade jurídica como registro de seus atos constitutivos, sociedade passa a ter existência distinta da de seus membros, sendo considerada uma pessoa, a quem a Lei atribui capacidade para adquirir e transmitir direitos.*

*[...] Na hipótese de incorporação de ações, a assembleia geral da sociedade cujas ações serão incorporadas delibera, por maioria, realizar a operação. Trata-se de manifestação da vontade social, tendo em vista os interesses da sociedade e não os dos acionistas individualmente considerados. [...]*

*Após a aprovação da operação de incorporação de ações pela maioria na assembleia geral, a diretoria da companhia que terá suas ações incorporadas, ao subscrever o aumento do capital da sociedade incorporadora com ações dos acionistas, está executando a vontade social.[...]*

*Como referido, o ato jurídico de subscrição não é praticado, portanto, pelos acionistas, mas pela diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas.*

*[Grifou-se]*

*No caso, não ocorre uma integralização de capital pela pessoa física, tratando-se de operação levada a efeito pelas pessoas jurídicas envolvidas no processo de incorporação de ações. Outrossim, não se tem transferência, por ato de alienação, de bens da pessoa física para uma pessoa jurídica. Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.*

*Conforme a lição de Maria Helena Diniz (in Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º Volume, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª ed., p. 264, 2004), o termo subrogação advém do latim subrogatio, designando substituição de uma coisa por outra, com mesmos ônus e atributos, caso em que se tem a sub-rogação real.*

*Nesse sentido, entendo que não há como se comparar, para fins de justificar a tributação, integralização de capital social por pessoa física com incorporação de ações entre pessoas jurídicas.*

*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.*

*Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes lições de Roque Antonio Carrazza:*

*Portanto, o princípio da legalidade, no Direito Tributário, não exige, apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência de lei). Mais do que isto, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei. É o que se convencionou chamar reserva absoluta de lei formal (Alberto Xavier) ou de estrita legalidade (Geraldo Ataliba).*

*Também a conduta da Fazenda Pública, ao cobrar um tributo (atividade tipicamente administrativa), deve vir disciplinada numa lei ordinária, que minudencie os casos e o modo como deve ser aplicada.*

*Como se viu, todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são ‘elementos essenciais’ do tributo os que, de algum modo, influem no an e no quantum da obrigação tributária.*

*(Curso de Direito Constitucional Tributário, 12. ed., Malheiros: 1999, p. 178-179)*

*Ato contínuo, pretendeu a Autoridade Fiscal justificar a tributação por meio da aplicação do disposto na Lei n. 7713, de 22 de dezembro de 1988, que altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências:*

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

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

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

*(Vide Lei 8.023, de 12.4.90)*

*§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.*

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

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

*§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o **benefício do contribuinte** por qualquer forma e a qualquer título.*

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

*§ 6º Ficam revogados todos os dispositivos legais que autorizam deduções cedulares ou abatimentos da renda bruta do contribuinte, para efeito de incidência do imposto de renda.*

*[Grifo nosso]*

*Resta claro que os arts. 1º e 2º tratam da hipótese que define incidência da ocorrência do fato gerador, que só ocorre, como definido em Lei, quando os rendimentos são percebidos por pessoas físicas. Além disso, define claramente, que o imposto será devido, pelas pessoas físicas, à medida em que os rendimentos e ganho de capital foram percebidos.*

*É certo que a Constituição da República de 1988 outorgou competência tributária aos entes federativos por meio de regras compostas por expressões que denotam riqueza tributável (os “fatos-signos presuntivos de riqueza”, conforme expressão*

*cunhada por Alfredo Augusto Becker). Dada a vaguidão e a ambiguidade dos vocábulos, é patente a dificuldade de se precisar, semanticamente, o que deve ser entendido por “renda e proventos de qualquer natureza”, “faturamento”, “receita”, “salários”, dentre outros.*

*O legislador constituinte se utilizou de conceitos fechados e determinados, que vinculam a atividade do legislador infraconstitucional, como forma de se garantir a segurança jurídica e a legalidade. Quis o legislador constituinte repartir, com rigidez e precisão, o espaço de tributação de cada ente federativo, evitando, desta forma, conflitos de competência. Se com a rígida discriminação de competências tributárias, vemos a todo o tempo situações de bitributação, certamente a adoção de tipos aumentaria, sobremaneira, as invasões de competência.*

*Os conceitos constitucionais não poderão ser alterados pelo legislador infraconstitucional, a quem caberá, tão somente, defini-lo por meio de instrumento normativo próprio (a Lei Complementar prevista no artigo 146 da Lei Constitucional de 1988, que será objeto de análise em tópico próprio). Qualquer atuação que extrapole o conceito constitucional, implica reconhecimento do vício de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária.*

*A regra prevista no inciso III do artigo 153 da Constituição da República de 1988, outorga competência à União para instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza”. Nesse diapasão, cumpre-nos construir o conceito constitucional de renda<sup>7</sup>, fixando as balizas constitucionais à atuação do legislador infraconstitucional.*

*Em sua acepção de base, identificamos no vocábulo “renda” diversos significados que nos orientam neste trabalho de construção de sentido; dentre elas, destacamos: (i) produto anual ou mensal de propriedades rurais ou urbanas, de bens móveis ou imóveis, de benefícios, capitais em giro, empregos, inscrições, pensões etc.; produto, receita, rendimento; (ii) rendimento líquido depois de deduzidas as despesas materiais. (iii) totalidade dos rendimentos que entram num cofre geral. (iv) importância superior a determinado limite e estabelecida pelas leis fiscais como rendimento da atividade econômica do indivíduo<sup>8</sup>. Por sua vez, o vocábulo “provento” tem como acepção de base os significados de “ganho”, “lucro”, “proveito” ou “rendimento”. Trata-se de espécie do gênero, “renda”.*

*Como se percebe, a acepção de base é insuficiente para que se conceitue juridicamente “renda e proventos de qualquer natureza”. Cumpre analisar a regra do artigo 153, III, com outras regras e princípios do Texto Constitucional. Não obstante, é decisivo apartar a palavra “renda” de outros vocábulos, que dela se aproximam ou, ao menos, tangenciam-na. Contudo, é importante distanciar “renda” de “faturamento”,*

“receita”, “patrimônio”, “capital”, “ganho”, “rendimentos” e “lucro”.

“Faturamento” é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, da Constituição Federal de 1988 para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não podendo ser confundida com o vocábulo ora investigado. Faturamento consiste no ato ou efeito de faturar, isto é, extrair uma fatura relacionada à uma venda mercantil ou prestação de serviço, conforme disposto na Lei nº 5.474/68. Trata-se de conceito oriundo do direito privado incorporado pelo legislador constituinte. A riqueza tributável consiste na soma dos valores auferidos constantes nas faturas emitidas. Não se confunde, portanto, com “renda”. “Receita” também é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, do Diploma Constitucional, constituindo gênero do qual o “faturamento” é uma espécie. Na lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>2</sup>:

*Receita é a entrada que, integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vem acrescer seu vulto como elemento novo positivo. Assim, quando o particular vende determinado bem que lhe pertence, o dinheiro recebido é receita, uma vez que altera a situação patrimonial do vendedor.*

*O emprego do vocábulo deixa clara a diferença existente entre “renda” e “receita”, conquanto a presença daquela pressuponha a existência desta.*

*O legislador constituinte também diferencia “patrimônio” de “renda”. Isso fica nítido, por exemplo, pelo disposto no artigo 150, VI, a e c e os §§1º, 2º e 4º, do Texto Constitucional, em que são mencionados no mesmo enunciado, denotando conteúdo semântico diverso. Trata-se de conceito oriundo do direito privado, que designa o conjunto de bens e direitos de determinada pessoa, física ou jurídica (pública ou privada), estaticamente considerados.*

*Renda também não se confunde com “capital”, que é empregada pelo constituinte como espécie de investimento permanente. É quantia, pertencente ao patrimônio de um indivíduo, utilizada para produzir bens de capital (juros, correção monetária, lucro, dentre outros).*

*“Ganho” e “rendimentos” consistem em entradas no patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, mas também não podem ser equiparadas à renda, visto que a Lei Maior de 1988 também as utiliza em acepção, muito similar ao de receita.*

*“Lucro”, por fim, consiste no resultado positivo de uma determinada atividade econômica, obtida por uma pessoa física ou jurídica. O lucro é materialidade empregada pelo constituinte para fins de custeio da seguridade social por meio de contribuição (artigo 195, I, c). Para José Artur Lima Gonçalves<sup>3</sup>, trata-se de “noção parcial em relação à renda”.*

*Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º,*

*XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária.*

*Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda–acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial.*

*Nesse diapasão, parece-nos que o vocábulo renda só pode significar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, obtido após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo. O conceito em tela distingue-se principalmente da noção de “patrimônio” (que é o conjunto estático de bens) e de “receita” (ingresso patrimonial), vez que sua configuração depende da dedução de determinadas saídas. Do contrário, ter-se-ia renda como sinônimo de receita.*

*Posto isso, cabe analisar se a definição do conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” realizada pelo legislador nacional complementar, é compatível com a regra de competência do artigo 153, III, da Carta Magna de 1988.*

*Coube à Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, a, da Constituição da República, definir os conceitos constitucionais, a fim de delimitar e balizar o legislador ordinário na expedição da regra-matriz de incidência dos tributos de sua competência. O legislador complementar, portanto, deve se ater ao conceito constitucional de renda, semprejuízo das demais limitações formais e materiais ao poder de tributar previstas na Carta Magna de 1988.*

*Nesse diapasão, o legislador complementar definiu o conceito de renda, conforme o artigo 43, I e II, do CTN – Código Tributário Nacional:*

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

*A definição do legislador complementar coaduna-se com o conceito constitucional de renda construído, razão pela qual inexistente incompatibilidade vertical. O legislador ordinário poderá eleger como hipótese de incidência do tributo em análise a conduta pela qual o contribuinte auferir um acréscimo patrimonial em caráter definitivo, seja ele enquadrado na definição de renda (definida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) ou de proventos de qualquer natureza (todo e qualquer acréscimo que não advenha do capital ou do trabalho, tais como alugueis, royalties, dentre outros).*

*A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade –econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste capacidade econômica para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo.*

*Definir se a incorporação de ações enseja ganho de capital aos acionistas, pessoas físicas da empresa incorporada, exige domínio do conceito constitucional de renda, da sua definição à luz do Código Tributário Nacional e se há subsunção deste evento, ou não, ao critério material da hipótese de incidência da norma tributária. Ademais, é decisivo saber se esta operação societária equipara-se à alienação de bens ou direitos por meio de subscrição de ações, conforme disposto no §3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.*

*De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.*

*Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua*

*declaração de bens. A incorporação tem como um de seus efeitos a transformação da sociedade incorporada em sua subsidiária integral – e não a sua extinção, como ocorre com a incorporação tradicional – da qual a incorporadora passa a ser a única acionista. Ato contínuo, a incorporadora emite ações em seu nome, para substituir aquelas que foram incorporadas, cujo valor pode ser idêntico, inferior ou superior ao valor de custo. Daí o caráter de permuta: o acionista entrega a sua participação societária, e recebe em troca novas ações, agora da empresa incorporadora.*

*Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.*

*Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.*

*Desta forma, ainda que se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações (dos acionistas da incorporada à incorporadora), não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis acima mencionadas.*

*Assim, inexistente qualquer ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda quando ocorre a denominada incorporação de ações. A situação descrita não se amolda ao critério material da norma tributária. Não há efetivo acréscimo patrimonial, mas mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações. Por conseguinte, exigir o tributo da pessoa física, nestas situações, não só afronta o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza” - porquanto tributa-se patrimônio e não renda - como também viola o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Lei Constitucional de 1988, vez que o contribuinte não manifesta qualquer riqueza passível de tributável) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma, vez que se exige exação sem respaldo em lei ou na própria Carta Magna).*

*A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações:*

*a) o contribuinte que consta da autuação - pessoa física - percebeu/recebeu algo em operação?*

*Entendo que não, pois não houve a venda de ações. Não houve realização monetária neste momento;*

*b) Ocorreu integralização de capital por pessoa física, sujeita a tributação pela Lei 9.249?*

*Entendo que não, pois houve incorporação de ações, entre pessoas jurídicas, instituto jurídico definido em lei, diverso da integralização de ações*

***c) Há hipótese de incidência do IRPF nessa operação, sobre a pessoa física?***

*Entendo que haverá quando a pessoa física vender suas ações. Aliás, é bom destacar que a Declaração de Rendimentos da Pessoa Física do contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico-tributária, não foi alterada, persistindo com o mesmo valor, mesmo após a incorporação de ações, haja vista que não houve alteração do patrimônio. Não se deve esquecer as lições do Professor Alberto Xavier que leciona: "A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho a diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens";*

*d) Por derradeiro, questiona-se: sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?*

*Entendo que não, pois, conforme lições do Professor NELSON EIZIRIK, na incorporação de ações é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. Ademais, na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.*

*Registro, por oportuno, que tal entendimento foi manifestado recentemente [19/05/2014] pela d. Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliário-CVM, em Parecer n /2014/GJU-2/PFE/PGF/AG [doc. entregue com os memoriais] da lavra da Procuradora Federal Raquel Passarelli de Souza Toledo de Campos, conforme se observa:*

***ASSUNTO: CONSULTA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA INCORPORADA.***

*[...] 17. Tanto a vontade que movimenta a incorporação de ações é a das sociedades envolvidas, e não de cada acionista de per si, que a transação é aprovada pela maioria de votos e não por sua unanimidade. Assim, repita-se, a vontade individual determina, apenas, se a*

*ação detida por certo titular será ou não substituída por outra emitida pela nova controladora. Mas é a vontade das assembleias que constitui elemento essencial do negócio de incorporação de ações.*

*18. Assim, em uma visão global da operação, temos que o negócio é celebrado entre as companhias, que manifestam vontade de contratar por meio das respectivas assembleias e completam as formalidades legais por seus diretores. A emissão das novas ações para os acionistas da incorporada termina de cumprir o procedimento legal e é consequência da aquisição dos títulos originais pela incorporadora e da necessária recomposição dos patrimônios individuais afetados.*

*19. Por todo o exposto, não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição de títulos, não o é para perfectibilidade do negócio. A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contínuos.*

*Portanto, não se pode ignorar o princípio da entidade e dizer, noutra linha, que não haverá tributação. Entendo que a ocorrência do fato gerador do IRPF quando existir a realização dessa renda.*

*Salvo engano, a figura da incorporação de ações está contemplada com benefício semelhante, embora não expresso, àquele previsto no artigo 121, inciso II, do RIR/99, segundo o qual não se sujeita à apuração de ganho de capital tributável a permuta de unidades imobiliárias sem recebimento de torna.*

*Sob minha ótica, também justifica a manutenção do decisum recorrido o § único, do artigo 38, do RIR/99, que assim determina:*

*Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.*

*Parágrafo único. Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado como tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor do beneficiário.*

*(Grifei)*

*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.*

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

*Ressalto, ainda, por derradeiro e importantíssimo, que o TRF 4º, no julgamento da Apelação n.º 5052793-42.2011.4.04.7000, da lavra do Ilustre Des. Otávio Roberto Pamplona que:*

*“Não há alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas cujas ações houveram de ser incorporadas, nas ações da incorporadora.*

*(...)*

*A Alienação importa na renúncia de um direito e é, portanto voluntária. Tendo em vista que a sub-rogação real derivada de lei há a substituição de uma coisa por outras em razão de expressa previsão legal, não há que se confundir alienação com sub-rogação real.*

*De qualquer forma, entendo haver, no momento da incorporação de ações mera substituição das ações da incorporada pelas ações da incorporadora, na proporção determinada por meio da avaliação contratada para esse fim (art. 252, § 1.º), respeitados o protocolo e a justificação nos termos dos art. 224 e 225 da LSA (art. 252, caput).*

*Não há que se falar, portanto, em alienação de ações da incorporada para posterior compra de ações da incorporadora, até mesmo porque a incorporação (e a consequente substituição das ações) pode ocorrer sem o consentimento do acionista [**como é o caso aqui**], uma vez que não depende de unanimidade na deliberação da Assembleia Geral, prescindindo dessa forma, da manifestação de vontade do sócio na qualidade de subscritor.*

*...*

*Por todo o exposto, não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade individual seja relevante para a efetiva substituição dos títulos, não o é para a perfectibilidade do negócio. A substituição final é a consequência legal e a lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contíguos.”*

**Com meus comentários em negrito.**

**Assim, a melhor interpretação ao caso é:**

**1. A incorporação das ações da HFF foi deliberada e aprovada por sua assembleia geral em vista dos interesses da sociedade e não de seus acionistas;**

---

**2. Não houve, no referido processo de aprovação, manifestação de vontade expressa por parte dos acionistas, incluindo-se o Recorrente, sendo tal requisito imprescindível à existência de uma alienação;**

**3. A incorporação de ações se deu por meio de sub-rogação real legal, com a simples substituição das ações da HFF de titularidade do Recorrente por ações da BRF, mantendo-se a mesma proporção e valor de investimento anteriormente detido; e**

**4. Juntamente com as manifestações da CVM e do Poder Judiciário, este CARF deverá manter seu posicionamento anteriormente esposado no acórdão 9202.003.579.**

(Assinado digitalmente)

Patricia da Silva

Não foram apresentadas outras declarações de voto no prazo regimental.