



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

Processo nº 10880.721967/2013-47
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-005.618 – 2ª Turma
Sessão de 25 de julho de 2017
Matéria 10.604.4160 - IRPF - GANHO DE CAPITAL - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.
10.604.4167 - ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
Recorrente MARIA TEREZINHA FONTANA DOS REIS
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 integral e, ainda, a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deu provimento parcial. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Patrícia da Silva.

(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. 05 a 09, cientificado à contribuinte em 07/06/2013 (e-fl. 02).

O lançamento visou à constituição de créditos devido à: (i) omissão dos ganhos de capital auferidos na alienação de ações em operação de incorporação de ações, conforme constam no termo de verificação fiscal - TVF às e-fls. 10 a 35.

O crédito lançado atingiu o montante de R\$ 18.005.711,19, já calculado com multa de ofício e juros de mora até junho de 2013, para os fatos geradores ocorridos em 08/07/2009 e 18/08/2009.

De acordo com o TVF, a 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 => HFF
Sadia

Incorporação de Ações

Sócios => BRF => HFF
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	8.549.555
(*) Custo Unitário (médio) da ação da HFF	1,00

(=) Custo Total das ações alienadas	8.549.555,00
() Ações da BRF recebidas por ação da HFF	0,166247
(*) Número de Ações da HFF alienadas	8.549.555
(=) Total de ações da BRF recebidas	1.421.337
(*) Preço Unitário da Ação da BRF	39,40
(=) Valor Total das ações recebidas	56.000.677,80
() Valor Total das ações recebidas	56.000.677,80
(-) Custo Total das ações alienadas	-8.549.555,00
(=) Ganho de Capital Apurado	47.451.122,80

2 - Incorporação de Ações - Sadia => BRF

() Número de Ações da Sadia alienadas	2.397.000
(*) Custo Unitário (médio) da ação da HFF	1,188060697
(=) Custo Total das ações alienadas	2.847.781,49
() Ações da BRF recebidas por ação da HFF	0,132998
(*) Número de Ações da Sadia alienadas	2.397.000
(=) Total de ações da BRF recebidas	318.796
(*) Preço Unitário da Ação da BRF	39,32
(=) Valor Total das ações recebidas	12.535.058,72
() Valor Total das ações recebidas	12.535.058,72
(-) Custo Total das ações alienadas	-2.847.781,49
(=) Ganho de Capital Apurado	9.687.277,23

O auto de infração foi impugnado, às e-fls. 400 a 467, em 08/07/2013. Já a 6ª Turma da DRJ/BSB, no acórdão nº 03-61.690, prolatado em 30/05/2014, às e-fls. 874 a 909, considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformada, em 17/07/2014, a contribuinte, interpôs recurso voluntário - RV, às e-fls. 916 a 998, cuja síntese argumentativa se extrai de seu final:

- *a ausência do elemento volitivo da contribuinte na deliberação sobre a operação de incorporação de ações descaracteriza tal operação com alienação;*
- *a incorporação em análise seria apenas hipótese de sub-rogação real, afastando o ganho de capital;*
- *a incorporação como permuta implica inexistência de acréscimo patrimonial;*
- *ainda que se considere tratar de alienação, há que se observar o regime de caixa para pessoa física e o fato de o ganho não ter sido percebido pela recorrente;*

- *não teriam sido observados os corretos valores dos custos de aquisição nas apurações dos fatos geradores;*
- *como as ações da Sadia haviam sido adquiridas em 1983, haveria direito subjetivo adquirido à isenção do IRPF relativamente a elas, já quando da revogação do decreto-lei que estipulou tal isenção;*
- *merecem ser afastados os juros de mora sobre a multa de ofício por ofensa à legislação e ao princípio da segurança jurídica.*

Em 15/10/2014, foram apresentadas contrarrazões ao recurso voluntário, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, às e-fls. 1010 a 1035.

O recurso voluntário foi apreciado, em 10/05/2016, pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, resultando no acórdão nº 2401-004.344, às e-fls. 1039 a 1048, que tem a seguinte ementa:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO.

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

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

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

A Lei 7.713/1988 regou expressamente a isenção concedida pelo Decreto-Lei 1.510/1976. No caso dos autos a alienação societária (ocorrência do fato gerador) deu-se já na vigência da lei revogada.

O acórdão teve o seguinte teor:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário para, por voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos na votação os Conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Theodoro Vicente Agostinho, Luciana Matos Pereira Barbosa, Rayd Santana Ferreira.

Embargos da contribuinte

Intimada do acórdão (e-fl. 1188) em 18/08/2016 (e-fl. 1191), a contribuinte opôs, em 23/08/2016, os embargos de declaração de e-fls. 1193 a 1195.

Apontam os embargos as supostas existências de quatro omissões:

1ª) o acórdão não discorreu sobre a caracterização de permuta na substituição das ações em testilha;

2ª) não houve apreciação relativamente ao argumento de não haver a renda sido efetivamente recebida pela recorrente;

3ª) o acórdão não analisou o correto custo de aquisição das ações incorporadas; e

4ª) não houve análise sobre a impossibilidade de incidirem juros moratórios sobre as multas de ofício.

Conforme despacho de admissibilidade dos embargos, foi conhecida apenas a quarta omissão, sendo as demais justificadas na decisão embargada, conforme o despacho em embargos de fls. 1199 e 1200, datado de 06/10/2016.

Já no acórdão dos embargos admitidos, de nº 2401-004.543, às e-fls. 1219 a 1225, houve acórdão com a seguinte ementa:

JUROS SOBRE MULTA - Em conformidade com o art. 61 da Lei 9430/96, é legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

Embargos Rejeitados.

O acórdão foi assim exarado:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em conhecer dos embargos de declaração quanto aos juros sobre multa de ofício. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

Recurso especial da contribuinte

Por meio da Intimação nº 384/2017 (e-fls. 1227 e 1228), a contribuinte, em 24/02/2017, foi cientificada (e-fl. 1373) do acórdão nº 2401-004.543 e, em 13/03/2017, interpôs recurso especial de divergência às e-fls. 1233 a 1277.

Inicia o recurso especial invocando a nulidade do acórdão recorrido em face de omissões na apreciação de fundamentos do contribuinte em seu recurso voluntário, retomando argumentos postos nos embargos.

No mérito do recurso, em suma, pretende demonstrar divergência quanto a duas matérias: não ser a operação por ela realizada uma alienação de ações e, por conseguinte, não existir ganho de capital a ela associado; e a não incidência de juros de mora sobre multas decorrentes do lançamento realizado.

A primeira matéria teria fulcro no acórdão nº 9202-003.579 e utiliza diversos argumentos: a incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens; a situação fática seria uma sub-rogação real legal, inexistindo vontade para que se fale em alienação de ações; o que não ocorreu; se alienação ocorreu ela seria na modalidade de permuta sem torna, não sujeita à incidência de IRPF; por fim, ainda que se tenha a operação por uma alienação,

inexistiu ganho de capital a ser tributado pelo IRPF no regime de caixa, uma vez que tal ganho dependeria da alienação das ações subscritas.

Já a incidência de juros de mora sobre as multas de ofício, para situação semelhante, não foi admitida pelo acórdão paradigma nº 9101-000.722.

Por fim, pleiteia que se conheça de seu recurso especial de divergência para que seja provido e afastada a tributação ou, que alternativamente se afaste a incidência dos juros moratórios.

O recurso especial interposto pela contribuinte foi apreciado pela Presidente da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, por meio do despacho de e-fls. 1378 a 1384, em 12/04/2017. Nele foi dado seguimento ao recurso para que seja rediscutida apenas as matérias de mérito: ganho de capital na incorporação de ações e juros moratórios sobre multa de ofício.

Contrarrazões da Fazenda

A Procuradoria da Fazenda Nacional teve ciência do recurso especial da contribuinte e do despacho de admissibilidade do recurso especial, em 02/05/2017 (e-fl. 1385), apresentando contrarrazões em 03/05/2017, às e-fls. 1386 a 1402.

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.

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.

(Sublinhas 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.

Por fim, argumenta, em síntese, que o crédito tributário não pago no vencimento está sujeito a juros de mora, à luz do art. 161 da Lei nº 5.172/1966 - CTN. Além disso, também com base no art. 113 do mesmo Código, a inobservância da obrigação acessória converte-a em principal relativamente à penalidade. Jurisprudências do STF e da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF do CARF adotariam tal entendimento.

Encerra, pedindo pela denegação de provimento ao recurso especial interposto para manutenção do acórdão *a quo*.

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.

Deixo de me manifestar especificamente acerca da nulidade da decisão *a quo*, pela omissão alegada, por ser matéria estranha ao recurso especial ora em análise. Com efeito, as omissões alegadas foram tratadas em sede de embargos e a matéria - incorporação de ações - está totalmente devolvida a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais. Assim, questões levantadas em embargos podem ser consideradas como argumentos passíveis de utilização para deslinde da questão, que poderão ser eventualmente utilizados pelos conselheiros, na apreciação do recurso em pauta, sem qualquer prejuízo para as partes.

Passando ao mérito do recurso especial, desde logo, há que se observar a inexistência de qualquer discussão em torno de apuração do tributo, tudo gira em 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 correto:

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

Não houve apresentação de declaração de voto no prazo regimental.