



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

Processo nº 10880.722426/2014-17
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2202-003.966 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2017
Matéria IRPF.GANHO DE CAPITAL.
Embargante EDSON DE GODOY BUENO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2012

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. ESCLARECIMENTO.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. PARECERES DA CVM. EFEITOS.

A atividade consultiva desenvolvida pela CVM é direcionada a “agentes do mercado ou qualquer investidor”. Isso indica que essa atribuição conferida à CVM, pela Lei nº 6.385, de 1976, configura uma orientação ao setor privado. Em relação à natureza da incorporação de ações, a melhor solução, portanto, é a cisão dos efeitos produzidos pelo instituto jurídico para efeitos tributários e para efeitos societários.

NORMAS COMPLEMENTARES. PARECER NORMATIVO.

Constitui norma complementar de direito tributário parecer normativo publicado no Diário Oficial da União que, no silêncio da lei, e sem contrariar seus fundamentos, estabelece critério de apuração.

O Parecer Normativo Cosit nº 39 de 1981, não tinha o objetivo de elucidar a questão que aqui se discute, diretamente, e a Lei nº 7.713, de 1988, muito posterior a ele, e obviamente por ele não considerada, fundamenta o entendimento de ter havido, no caso, alienação da participação societária, em sentido amplo.

PESSOA FÍSICA. REGIME DE CAIXA. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA. CONCEITO NO CTN.

É possível reconhecer ganho de capital sem que o contribuinte receba qualquer montante de dinheiro, somente considerando o acréscimo econômico em seu patrimônio.

As regras diferentes, existentes na lei ordinária para pessoas jurídicas e pessoas físicas, são decorrências de política fiscal, e não de duas alternativas que seriam permitidas pelo art. 43 do CTN, além de que a definição do fato gerador, dada por este, é indistinta para todos os contribuintes.

CLÁUSULA DE LOCK-UP. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

O fato gerador, no caso, não é a alienação futura com eventual ganho, mas o acréscimo patrimonial que acontece no momento da incorporação das ações, havendo um *plus*, naquele momento, no patrimônio do contribuinte. O que ele fará com esse patrimônio, inclusive o compromisso de não aliená-lo, não afeta a obrigação tributária que então surge.

VALOR DAS AÇÕES NA INCORPORADORA. APURAÇÃO DO GANHO.

A partir do aumento de capital registrado na incorporadora, dividindo-se pela quantidade das ações transferidas, foi possível apurar o valor unitário das ações. Esse é o valor base para a apuração de eventual ganho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os Embargos de Declaração para, sanando os vícios apontados no Acórdão nº 2202-003.486, de 16/08/2016, manter a decisão embargada.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada - Relator.

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

Relatório

Adoto como relatório, por bem descrever o litígio, as considerações efetuadas por ocasião do despacho de admissibilidade dos embargos, datado de 21 de março de 2017 (fl. 2.201):

Tratam estes Embargos da decisão proferida no Acórdão nº 2202-003.486 da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em sessão plenária ocorrida em 16 de agosto de 2016, que consta das folhas 2113 e seguintes, conforme numeração existente após a digitalização do processo, transformado em meio magnético (arquivo .pdf). Na ementa temos que:

Exercício: 2012

INCORPORAÇÃO SOCIETÁRIA COM AUMENTO DE CAPITAL DA SOCIEDADE INCORPORADORA. ALIENAÇÃO. A incorporação de participação societária com aumento de capital da sociedade incorporadora não se resume a uma mera substituição das quotas de uma sociedade por quotas de outra sociedade, mas uma verdadeira alienação de participação societária que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, caracteriza-se pela entrega de quotas da sociedade incorporada em subscrição de capital e, como contrapartida, há o recebimento de quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado.

MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. IRPF. GANHO DE CAPITAL. CLÁUSULA DE "LOCK UP".

Na data em que se aprovou a referida operação, o ganho de capital esteve configurado, passando o patrimônio do contribuinte a um valor maior. Ele possui a disponibilidade sobre esse patrimônio, inclusive para assinar contrato particular com a outra parte, comprometendo-se a não aliená-lo.

O fato de assim comprometer-se só demonstra a disponibilidade, do contrário, não poderia dispor daquilo que não é seu.

APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

A multa fiscal de natureza punitiva integra a obrigação tributária principal (art. 113) e, assim, o crédito tributário (artigo 139), estando sujeita à incidência de juros de mora (artigo 161, todos do CTN).

TEMPESTIVIDADE

*Cientificado do Acórdão, conforme Aviso de Recebimento (fl. 2188) em 18/10/2016, o contribuinte protocolou seu recurso em **data ilegível**, não se podendo precisá-la, pela observação do carimbo apostado na **folha 2143**. O **"termo de solicitação de juntada"**, que consta da folha 2142, somente **foi expedido em 26/10/2016**.*

De acordo com o Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências:

***Art. 65.** Cabem **embargos de declaração** quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.*

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão:

(...)

Conforme o Decreto nº 70.235, de 1972, artigo 5º e parágrafo único, que rege as normas sobre o processo administrativo fiscal, "os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato".

A data de recebimento do AR (18/10/2016) foi uma terça-feira, iniciando-se a contagem do prazo recursal na quarta-feira, dia 19/10/2016. Assim, cientificado em 18/10/2016, o prazo começou a contar em 19/10/2016 e o quinto dia seguinte foi 23/10/2016, um dia de domingo, vencendo-se então na segunda-feira, dia 24/10/2016.

Portanto, entendemos que o processo deveria ser baixado em diligência, para que a Unidade preparadora identificasse e esclarecesse a data exata do protocolo dos embargos.

A Unidade manifestou-se no Despacho de fls. 2199, da seguinte forma:

O processo foi recebido no final do expediente do dia 21/10/2016. Uma linha de minha assinatura sobrepôs o número hum da data aposta. A juntada foi feita dos documentos no processo em dia posterior devido a demanda do nosso protocolo.

Dessa feita, os embargos são tempestivos.

ADMISSIBILIDADE

O Embargante levanta a existência de vícios no acórdão embargado, em resumo argumentando que:

a) o Voto vencedor não se manifestou sobre o entendimento da CVM e sua Procuradoria especializada, que foi reproduzido pelo contribuinte em seu recurso. Tal entendimento seria contrário às conclusões do Acórdão embargado e seria necessário expressar porque não se aplicaria ao caso em análise;

b) da mesma forma, houve omissão em relação ao entendimento exposto no Parecer Normativo CST nº 39/1981;

c) existe contradição quanto à argumentação empregada pelo Voto vencedor no que diz respeito à cláusula de lock-up, sendo necessário esclarecer o entendimento sobre momento da ocorrência do fato gerador;

d) existe obscuridade sobre o entendimento acerca de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, para se aplicar a tributação ao caso;

e) existe obscuridade sobre qual seria o custo de aquisição das ações discutidas.

Pede o conhecimento e provimento de seu recurso, com a conseqüente reforma do Acórdão embargado.

De acordo com o Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências:

Art. 65. *Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.*

A ilustre Conselheira relatora do Acórdão embargado votou pelo provimento integral do recurso voluntário, em síntese estabelecendo que:

1 - A discussão central do presente processo é complexa e gira em torno da operação denominada incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, nos seguintes termos:
...

2 - Para solução da controvérsia posta nos autos, entendo fundamental a análise das seguintes questões: a) A incorporação de ações pode ser definida como espécie de alienação prevista no artigo 3º, §3º da Lei 7.713/88? O recebimento das ações da empresa incorporadora pelos sócios da incorporada caracteriza integralização de capital com bens? c) a tributação do ganho apurado na incorporação das ações pode ser tributada pelo Imposto de Renda Pessoa Física, mesmo não tendo havido qualquer recebimento ou fluxo de recursos? d) é possível apurar a base de cálculo levando-se em conta a data da incorporação mesmo quando a operação está sujeita à condição suspensiva?

3 - Conforme ressaltado pela Procuradoria da Fazenda, existe grande controvérsia quanto a natureza jurídica do instituto da Incorporação de Ações. Os pontos comuns em todas as manifestações (fiscalização, recorrente, procuradoria da fazenda) é o de que a incorporação de ações é uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas, passando, assim, a ter um só acionista (subsidiária integral).

4 - o CTN deu conta dos diversos regimes jurídicos utilizados para tributação, respectivamente, da renda das pessoas jurídicas e físicas. Ao disciplinar o imposto de renda das pessoas físicas, o legislador determinou que somente ocorrerá o fato gerador no momento da efetiva disponibilidade de recursos financeiros. Sendo assim, a realização da renda recebida pela Recorrente só ocorrerá no momento em que está dispuser das ações, por meio de alienação na Bolsa.

5 - ainda que se entenda que houve alienação na operação de incorporação de ações e que esta configura acréscimo patrimonial dos sócios da sociedade incorporada, é importante atentar para especificidades da operação objeto do lançamento discutido nesses autos.

De fato, o Voto vencedor (fl. 2113 e ss.) deixou de explicitar e analisar determinados aspectos do lançamento e do recurso,

concentrando-se apenas em pontuar e contradizer o Voto vencido, mesmo assim de forma insuficiente.

*A fim, especialmente, de garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório pelo contribuinte, entendo pela **admissibilidade** do presente recurso interposto, para que a Turma julgadora se manifeste expressamente sobre: a) a aplicação do entendimento da CVM e sua Procuradoria especializada, que foi reproduzido pelo contribuinte em seu recurso; b) a aplicação do entendimento exposto no Parecer Normativo CST nº 39/1981; c) o entendimento do conceito de "disponibilidade econômica ou jurídica da renda", para se aplicar a tributação ao caso; d) a existência da cláusula de lock-up, sendo necessário esclarecer o entendimento sobre momento da ocorrência do fato gerador, e e) o custo de aquisição das ações discutidas, para fins de aplicação da tributação, e proponho que **sejam conhecidos os Embargos Declaratórios**, pelas razões acima expostas, com fundamento no artigo 65 e parágrafos, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.*

Os embargos foram assim admitidos pelo ilustre Presidente desta Turma Ordinária, no uso de sua competência regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Relator.

O recurso interposto é tempestivo a atende as demais condições legais, conforme analisado no despacho de admissibilidade.

No voto vencido do Acórdão embargado, a nobre Relatora dava provimento ao recurso do contribuinte, porque:

a) adotou o posicionamento da corrente que entende que a Incorporação de Ações se caracteriza como permuta não havendo, portanto, ganho de capital a ser tributado pelo Imposto de Renda Pessoa Física.

b) a realização da renda recebida pela Recorrente só ocorrerá no momento em que esta dispuser das ações da DASA, por meio de alienação na Bolsa. Antes disso, pode-se falar apenas em ganhos potenciais.

c) independente da posição adotada quanto a natureza jurídica da incorporação de ações, entendeu que o lançamento, tal como efetuado, não pode prevalecer. Em outras palavras, ainda que se entenda que houve alienação na operação de incorporação de ações e que esta configura acréscimo patrimonial dos sócios da sociedade incorporada, os novos acionistas da DASA não poderiam alienar suas ações pelo prazo de 2 anos (lock up).

E foram essas as questões tratadas no voto vencedor, que, a seu turno, defendeu que:

1 - em relação à questão do ganho de capital tributável, a vontade da Lei nº 7.713, de 1988, artigo 3º, foi de atribuir acepção ampla, alcançando "todo tipo" de alienação,

inclusive a incorporação societária. Citou o precedente Acórdão 2201-003.254 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 12 de julho de 2016, no sentido de que "*A operação de incorporação é uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa. Tal operação, ao gerar benefício para o contribuinte por qualquer forma, atrai a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.*"

2 - Ainda com base no voto vencedor do Acórdão supracitado, o qual disse adotar como razão de decidir, o voto vencedor trouxe que (fl. 2133):

Alega a recorrente que, caso se entenda pela tributação, esta só poderia ocorrer quando do efetivo ingresso no patrimônio da contribuinte em face da aplicação do regime de caixa à apuração do imposto sobre a renda da pessoa física. Apóia seu argumento no artigo 2º da Lei nº 7.713/88.

Não cabe razão ao Recorrente.

Como acima exposto, quando da análise da incidência tributária, o parágrafo 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88 é claríssimo ao determinar que a incidência independe da forma de percepção dos proventos, bastando mero benefício do contribuinte. (sublinhei)

Em relação ao primeiro ponto, foi transcrito ainda o Acórdão 2201-002.960, de 08/03/2016, também adotado como fundamento para as conclusões:

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

A incorporação de participação societária com aumento de capital da sociedade incorporadora não se resume a uma mera substituição das quotas de uma sociedade por quotas de outra sociedade, senão em uma verdadeira alienação de participação societária que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, caracteriza-se pela entrega de quotas da sociedade incorporada em subscrição de capital e como contrapartida o recebimento de quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado.

3 - Em relação à cláusula de *lock-up*, foi dito que "*Na data em que se aprovou a referida operação, o ganho de capital esteve configurado, passando o patrimônio do contribuinte a um valor maior. Isso independe do que ele fará com seu patrimônio, agora aumentado, a partir daí. Ele possui a disponibilidade sobre esse patrimônio, inclusive para assinar contrato particular com a outra parte, comprometendo-se a não aliená-lo. O fato de assim comprometer-se só demonstra a disponibilidade, do contrário, não poderia dispor daquilo que não é seu.*"

Assim, as razões que levaram o voto vencido a dar provimento ao recurso foram todas contraditadas, fundamentadamente, no voto vencedor.

Ocorre que superados esses tópicos, havia outros argumentos no recurso, a questionar a autuação. Sendo assim, foram admitidos os embargos, nos termos relatados, para que a Turma Julgadora possa expressamente posicionar-se sobre os mesmos, garantindo às

partes o regular desenvolvimento do processo, a ampla defesa e o contraditório. Passemos então a tratar pontualmente das questões admitidas.

I - a aplicação do entendimento da CVM e sua Procuradoria especializada, que foi reproduzido pelo contribuinte em seu recurso.

Sustenta o Embargante que reproduziu diversos trechos da resposta proferida pelo Colegiado da CVM no tocante à consulta protocolizada pelo Sindicato das Corretoras de Valores do Estado de São Paulo, que reconheceu a "*ausência de alienação na operação de incorporação de ações*".

Inicialmente, importante ressaltar que não existe nenhum dispositivo legal atribuindo força vinculante às manifestações da CVM em face da Administração Pública Tributária. Isso é o que se verifica ao analisar os dispositivos da Lei nº 6.385, de 1976 – que regulamenta a atuação da CVM. Aliás, especificamente no tocante à atribuição de órgão consultivo, desempenhada pela Procuradoria Federal Especializada junto à mencionada autarquia, convém transcrever o art. 13 da Lei:

Art. 13. A Comissão de Valores Mobiliários manterá serviço para exercer atividade consultiva ou de orientação junto aos agentes do mercado de valores mobiliários ou a qualquer investidor.

Parágrafo único. Fica a critério na Comissão de Valores Mobiliários divulgar ou não as respostas às consultas ou aos critérios de orientação. [sublinhei]

Assim, a atividade consultiva desenvolvida pela CVM é direcionada a “agentes do mercado ou qualquer investidor”. Isso indica que essa atribuição conferida à CVM, pela Lei nº 6.385, de 1976, configura uma orientação ao setor privado, sem que haja qualquer menção à repercussão desse tipo de manifestação sobre as demais entidades e órgãos que integram a Administração Pública.

Em 10 de maio de 2017, durante sessão plenária desta Turma Ordinária, no voto de Acórdão ainda não publicado, a ilustre Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, que foi a relatora do Acórdão aqui embargado, proferiu o seguinte entendimento, com o qual concordo integralmente:

Além disso, mesmo que exista um pronunciamento formal da CVM definindo a natureza jurídica de determinado ato, tal pronunciamento não será vinculante quanto a sua natureza fiscal. Nesse sentido, elucidativo o exemplo da Deliberação nº 207/96 da CVM que disciplinou a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, sob o enfoque do acionista, como uma participação no resultado. A pretensão dos contribuintes era de que a referida deliberação fosse vinculante o que determinaria a identificação do JCP aos dividendos. No entanto, o Ministro Mauro Campbell, ao definir a natureza jurídica do JCP no julgamento do Recurso Especial nº 1.200.492/RS (submetido à sistemática do artigo 543- C do Código de Processo de Civil de 1973), fez clara distinção dos efeitos fiscais dos eventos societários, conforme se verifica pelo seguinte passagem do seu aditamento ao voto:

Desse modo, optando-se por um conceito único de JCP, sacrificam-se, necessariamente, ou os propósitos tributários da

Lei 9.249/95, ou os princípios societários, protegidos pelas Deliberações CVM nº 207/96 e 683/12.

A melhor solução, portanto, é a cisão dos efeitos produzidos pelo instituto jurídico para efeitos tributários e para efeitos societários. (grifamos)

Em face do exposto, a ausência de submissão de um ato de concentração empresarial ao CADE ou sua submissão errônea não gera sua nulidade e não pode, isoladamente, ser utilizada como prova da simulação.

Dessa feita, o entendimento sobre ter natureza de alienação a operação em debate já foi exposto no voto vencedor, pareceres da CVM não são vinculantes para este CARF, especialmente em matéria tributária e, conforme entendimento do STJ, "*A melhor solução, portanto, é a cisão dos efeitos produzidos pelo instituto jurídico para efeitos tributários e para efeitos societários*".

II - a aplicação do entendimento exposto no Parecer Normativo CST nº 39/1981.

A indagação contida no Parecer Normativo Cosit nº 39 de 1981 é a seguinte:

Parecer Normativo CST nº 39 de 19/10/1981

Norma Federal

Publicado no DO em 21 out 1981

Em face da previsão legal de não incidir o imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de participações societárias efetuada após decorrido o período de 5 anos da data da subscrição ou aquisição, em conformidade com o disposto no art. 40, § 5º, alínea d, do Regulamento baixado com o Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, indaga-se qual o termo de início do quinquênio legal se, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, houver substituição dos títulos representativos da participação em sociedades que tenham realizado uma dessas operações.

Como pode se observar, o Parecer foi proferido eminentemente para que se esclarecesse a questão da não incidência/isenção de imposto de renda sobre a alienação de ações após decorrido um período de 5 anos.

Chama-se atenção ainda que o referido ato normativo foi expedido em 1981, portanto antes da Lei nº 7.713, de 1988.

A questão da manutenção do direito à isenção de alienação de participação societária, após o período de 5 anos, também é objeto de calorosos debates neste CARF. Filio-me, entretanto, ao seguinte entendimento:

Acórdão nº 9202-004.507 – 2ª Turma Sessão de 25 de outubro de 2016

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

Exercício: 2004

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

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

O evento societário que aqui se discute ocorreu em 2011, portanto, não haveria que se falar, de acordo com o entendimento acima expresso, em isenção de imposto, para o caso.

Ademais, como se fundamentou no Acórdão embargado, citando outras decisões deste CARF, o entendimento de que a operação constitui-se "alienação de ações" foi baseado na Lei nº 7.713, de 1988. Como se exigir a aplicação, sobre esse fundamento, de um Parecer proferido em 1981? Quando o Parecer foi proferido, o sistema jurídico era outro.

Vejamos o que se disse, por exemplo, no **Acórdão nº 1101-001.013**, Sessão de 03 de dezembro de 2013:

NORMAS COMPLEMENTARES. PARECER NORMATIVO. Constitui norma complementar de direito tributário parecer normativo publicado no Diário Oficial da União que, no silêncio da lei, e sem contrariar seus fundamentos, estabelece critério de apuração a ser observado por todas as sociedades cooperativas.

Aqui o que se entende é que a Lei nº 7.713, de 1988, muito posterior ao parecer suscitado, e obviamente por ele não considerada, fundamenta o entendimento de ter havido, no caso, alienação da participação societária, em sentido amplo.

Lei 7.713, de 1988

Art. 3º 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) ...

*§ 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.(destaquei)*

III - o entendimento do conceito de "disponibilidade econômica ou jurídica da renda", para se aplicar a tributação ao caso.

Conforme Ricardo Mariz de Oliveira (em Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: STJ, v. 28, n. 242, abr./jun. 2016, p. 645. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_242.pdf):

Talvez muitos dos desentendimentos até hoje ocorridos se devam a que nem sempre se percebe que a disponibilidade da renda carrega em si a própria capacidade contributiva do contribuinte, de cujo princípio constitucional ela é reflexo na legislação infraconstitucional.

(...)

Desde os primórdios do CTN assentou-se uma distinção muito elementar, que foi se estratificando com o tempo, segundo a qual a disponibilidade jurídica seria a aquisição do direito à percepção da renda e a econômica a posse efetiva da renda em moeda. Algumas vezes se associou a distinção ao tratamento diferenciado que a legislação ordinária dá às pessoas jurídicas, através do denominado “regime de competência”, e às pessoas físicas, através do “regime de caixa”.

Mas tais explicações não resistem a uma crítica mais atenta, eis que as regras diferentes, existentes na lei ordinária para pessoas jurídicas e pessoas físicas, são decorrências de política fiscal, e não de duas alternativas que seriam permitidas pelo art. 43 do CTN, além de que a definição do fato gerador, dada por este, é indistinta para todos os contribuintes.

(...)

A doutrina corretamente aponta que a disponibilidade não significa necessariamente ter o direito relativo à renda, mas ter aquele “plus” que deve estar agregado ao direito à percepção da renda (o fato gerador é o direito à renda mais a possibilidade de dispor dela), “plus” que pode estar no pagamento já recebido, ou também em algum elemento que represente a possibilidade de transformar a renda facilmente em dinheiro, como, por exemplo, um direito de crédito líquido e certo que, se vencido, pode ser cobrado e executado, e, se vincendo, pode ser utilizado para outros fins econômicos, como uma garantia ou uma cessão de crédito.

(destaquei)

Não concordamos, portanto, com o Embargante na tese de que haja a distinção dada pela legislação ordinária às pessoas jurídicas, através do denominado “regime de competência”, e às pessoas físicas, através do “regime de caixa”, para concluir que para pessoas jurídicas o imposto incida na “disponibilidade jurídica” e para as pessoas físicas apenas quando e se houver a “disponibilidade econômica”, pois seguimos o eminente tributarista acima citado no sentido de que *“as regras diferentes, existentes na lei ordinária para pessoas jurídicas e pessoas físicas, são decorrências de política fiscal, e não de duas alternativas que seriam permitidas pelo art. 43 do CTN, além de que a definição do fato gerador, dada por este, é indistinta para todos os contribuintes”*. (grifei)

Conforme linha de raciocínio empregada no Acórdão embargado, a lei determina que serão consideradas ganho de capital as operações que importem **alienação**, a qualquer título, de bens ou direitos. Nesse ponto, a legislação ordinária se alinha ao conceito de renda do CTN, tendo em vista que será considerado **acréscimo patrimonial** o ingresso, no patrimônio do contribuinte, de bens cujo valor é superior àquele dos bens alienados – **o que**

configura o fato gerador do imposto sobre a renda, na forma do art. 43 do CTN. Implica dizer que a lei tributária permite a tributação do ganho de capital, por meio do Imposto sobre a Renda, independentemente do pagamento em pecúnia ou em outros bens – como é o caso da dação em pagamento ou permuta.

Assim, é possível reconhecer ganho de capital sem que o contribuinte receba qualquer montante de dinheiro, somente considerando o acréscimo econômico em seu patrimônio. Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da modalidade de incidência do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCORPORAÇÃO DE BENS IMÓVEIS DE PESSOA FÍSICA AO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL TRIBUTÁVEL. TAXA SELIC. LEGALIDADE. LEI N. 9.250/95. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. É legítima a incidência do imposto de renda na transferência de bens imóveis do patrimônio de pessoa física, a título de integralização do capital social, por se constituir acréscimo patrimonial tributável.

2. O art. 161 do CTN, ao ressaltar, expressamente, no seu § 1º, "se a lei não dispuser de modo diverso", elide o suposto vício de ilegalidade na aplicação da taxa SELIC, por se encontrar devidamente prevista no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95.

3. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' – Súmula n. 83 do STJ.

4. Agravo regimental improvido. (grifos acrescidos)¹

(AgRg no Ag 569.009/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 259)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA.

1. Há incidência tributária sobre o negócio jurídico que resulta na incorporação de bens de sócios para aumentar o capital da pessoa jurídica.

2. Aplicação do princípio da legalidade. Aumento de renda.

3. Precedentes: REsp 41.314/RS; REsp 260.499/RS; REsp 142.853/SC.

4. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.² (grifos acrescidos)

(REsp 1027799/CE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 20/08/2008)

IV - a existência da cláusula de lock-up, sendo necessário esclarecer o entendimento sobre momento da ocorrência do fato gerador.

A existência da cláusula de *lock up* já foi expressamente tratada no voto vencedor do Acórdão embargado, concluindo-se, conforme disposto na ementa, que:

MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. IRPF. GANHO DE CAPITAL. CLÁUSULA DE "LOCK UP".

Na data em que se aprovou a referida operação, o ganho de capital esteve configurado, passando o patrimônio do contribuinte a um valor maior. Ele possui a disponibilidade sobre esse patrimônio, inclusive para assinar contrato particular com a outra parte, comprometendo-se a não aliená-lo.

O fato de assim comprometer-se só demonstra a disponibilidade, do contrário, não poderia dispor daquilo que não é seu.

O Embargante diz que há contradição no voto vencedor. Esclarecemos que o entendimento do voto vencedor é no sentido de que a cláusula de *lock-up* não impede a ocorrência do fato gerador.

O fato de o detentor das ações celebrar contrato particular com a pessoa jurídica para não alienar o bem por determinado período de tempo não impede que nasça a obrigação tributária.

Pelo que vimos aqui sustentando, o fato gerador não é a alienação futura com eventual ganho, mas o acréscimo patrimonial que acontece no momento da incorporação das ações, havendo um *plus*, naquele momento, no patrimônio do contribuinte. O que ele fará com esse patrimônio, inclusive o compromisso de não aliená-lo, não afeta essa obrigação.

Portanto, o momento da ocorrência do FG em questão é 05/11/2011, data em que realizou-se a AGE da DASA que aprovou a incorporação das ações da MD1.

V - o custo de aquisição das ações discutidas, para fins de aplicação da tributação. No Termo de Verificação Fiscal (fl. 14) consta que:

EDSON DE GODOY BUENO informou (doc. 001) o valor de R\$ 38.064.447,00 para o custo de aquisição das ações da MD1 até então detidas. Comprovou, ainda, ter arcado com R\$ 9.158.960,97 na operação, valor pago ao Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A a título de intermediação do negócio e despesas incorridas (doc. 001I).

15. Quando se contrapõem estes custos ao valor das ações recebidas, constata-se ganho de capital no seguinte montante:

Portanto, o custo de aquisição é R\$ 38.064.447,00, sendo consideradas ainda, na apuração do ganho de capital, despesas incorridas com a intermediação do negócio.

Para as ações recebidas pela DASA, concordo com o que foi disposto no TVF, fl. 13:

*Observe-se que o aumento do capital social da DASA corresponde justamente ao resultado da multiplicação da quantidade de ações emitidas pelo seu preço de emissão, ou seja, **R\$ 1.832.043.519,75 = 82.191.275 x R\$ 22,29**. Observe-se também que a relação de substituição resulta exatamente do quociente entre a quantidade de ações da MD1 transferidas e a*

quantidade de ações da DASA emitidas, ou seja, 0,94134556 = 77.370.392 / 82.191.275.

13. Consequentemente, a partir de 05/01/2011 os ex-acionistas da MDI tornaram-se acionistas da DASA, com as seguintes participações:

	<i>Quantidade</i>	<i>Valor un.</i>	<i>Valor das ações</i>
Edson	37.505.119	22,29	835.989.102,51

CONCLUSÃO

Assim, espera-se ter esclarecido as questões levantadas em sede de embargos de declaração e VOTO no sentido de acolher os embargos para, sanando os vícios apontados, prestar os esclarecimentos devidos e manter o Acórdão embargado.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada.