



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

**Processo n°** 10880.722427/2014-61  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-003.487 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de agosto de 2016  
**Matéria** Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF  
**Recorrente** DULCE PUGLIESE DE GODOY BUENO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2012

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

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).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Júnia Roberta Gouveia Sampaio (Relatora), Martin da Silva Gesto, Dílson Jatamy Fonseca Neto e Wilson Antônio de Souza Correa (Suplente convocado), que deram provimento integral. Foi designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Márcio Henrique Sales Parada.

*Assinado digitalmente*

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

*Assinado digitalmente*

Júnia Roberta Gouveia Sampaio- Relatora.

*Assinado digitalmente*

Marcio Henrique Sales Parada - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatamy Fonseca Neto, Rosemary Figueiroa Augusto, Martin da Silva Gesto, Cecília Dutra Pillar, Wilson Antônio de Souza Correa (Suplente convocado) e Marcio Henrique Sales Parada.

## Relatório

Por bem sintetizar os fatos até a decisão de primeira instância, reproduzo o relatório do acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (MG):

*Em decorrência da ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte identificada, foi lavrado auto de infração (fls. 02/09), relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, do exercício de 2012, ano-calendário de 2011, formalizando lançamento de ofício do crédito tributário no valor total de R\$ 234.568.344,67, estando assim constituído, em Reais:*

(...)

*O relatório fiscal com a descrição dos fatos e enquadramento legal encontra-se às folhas 10/34. O lançamento originou-se na constatação da omissão de ganho de capital auferido na transmissão de participação societária a título de integralização em operação de incorporação de ações.*

*O Termo de Verificação Fiscal – TVF de folhas 10/34, em seu item III, descreve a síntese dos fatos relevantes:*

*Em 05/01/2011 realizou-se Assembléia Geral Extraordinária – AGE da empresa Diagnósticos da América S.A. - DASA que aprovou a incorporação das ações da empresa MDI Diagnósticos - MDI que já havia sido aprovada por esta na AGE realizada em 23/12/2010. O capital social da MDI era dividido em 77.370.392 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, distribuídas conforme quadro de folha 13.*

*quadro no item 12 do TVF. Conseqüentemente, a partir de 05/01/2011 os ex-acionistas da MDI tornaram-se acionistas da DASA, com as participações indicadas no item 13 do TVF.*

*A contribuinte informou o valor de R\$ 36.571.662,60 para o custo de aquisição das ações da MDI até então detidas e comprovou ter arcado com o valor de R\$ 8.798.828,53, pago ao Banco de Investimentos Credit Suisse Brasil S/A a título de intermediação do negócio e despesas incorridas.*

*Assim sendo, o ganho de capital demonstrado no item 15 do TVF, no valor de R\$ 757.833.275,72, é tributável e foi levado ao auto de infração constante desse processo.*

*Cientificada do lançamento, a contribuinte o impugna, alegando, resumidamente, que se segue:*

### **PRELIMINARMENTE**

#### ***Ausência de Subsunção do Fato à Norma***

*Como será relatado adiante a incorporação de ações não representa integralização de capital com bens. Assim, verifica-se a evidente ausência de subsunção dos fatos narrados no TVF e o art. 23, §2º, da Lei 9.249/95, utilizado pelo Agente Fiscal para a autuação.*

*Para que o fato jurídico ocorrido no mundo real dê ensejo ao nascimento da obrigação tributária, necessário se faz que ele esteja em total conformidade com o descrito na norma, o que não se verificou no presente caso. Não se verificando o fato gerador da obrigação, o lançamento deve ser declarado nulo.*

### **MÉRITO**

#### ***Da Não Tributação da Incorporação de Ações***

*A incorporação de ações da MDI pela DASA não se tratou de integralização de capital com bens em valor superior àquele declarado na DIRPF do impugnante capaz de ensejar a consequência prevista no art. 23, §2º, da Lei 9.249/95.*

*A incorporação de ações encontra-se disciplinada no art. 252 da Lei 6.404/76. É um instituto jurídico que tem como finalidade converter uma companhia em subsidiária integral. Após a aprovação do laudo de avaliação das ações pela incorporadora, os titulares das ações incorporadas receberão as novas ações de emissão da incorporadora, em substituição às ações incorporadas em quantidade convencionada no protocolo.*

*O instituto jurídico da incorporação de ações é uma das modalidades de concentração empresarial permitidas pela legislação vigente a qual possui natureza jurídica própria, distinta de uma incorporação de sociedades e de uma integralização de capital com bens. Trata-se de operações com **conseqüências essencialmente distintas.***

*Discorre sobre as diferenças e semelhanças observadas entre a incorporação de ações e a incorporação de sociedade. Enquanto que na incorporação de sociedade a incorporada deixa de existir e é sucedida universalmente pela incorporadora, na incorporação de ações ocorre, em geral, um aumento do capital da sociedade incorporadora para emissão de ações a serem entregues aos ex-acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas, passando aquela a ter a incorporada como subsidiária integral. Cita doutrina.*

*Por outro lado, sob o ponto de vista dos acionistas, as operações são semelhantes. Em ambos os casos a incorporadora realiza aumento de capital. Assim, os sócios da incorporada recebem ações da incorporadora em substituição às suas antigas ações.*

### ***Incorporação de Ações e Integralização de Capital Social com Bens***

*O Agente Fiscal fundamentou o lançamento no art. 23, §2º da Lei 9.249/95. Entretanto, a natureza jurídica da incorporação de ações não pode ser confundida com uma integralização de capital social com bens.*

*Na incorporação de ações a vontade manifestada é da sociedade, mediante a deliberação das AGE das companhias, não havendo que se falar na manifestação da vontade individual dos acionistas. Os acionistas não praticam nenhum ato na incorporação de ações que é negócio jurídico realizado no âmbito das pessoas societárias. Na integralização de ações por bens a manifestação da vontade individual e unitária do acionista é pressuposto.*

*Em 05/01/2011 as ações da incorporada possuíam o mesmo valor das ações da sociedade incorporadora. Por esse motivo foi atribuído o mesmo custo de aquisição na DIRPF, sendo incorreta a interpretação do Agente Fiscal. Ainda que se tratasse de integralização de capital na DASA, a situação enquadrar-se-ia na hipótese de não tributação prevista no §1º do art 23 da Lei 9.249/95.*

*Relata extensamente acerca dos efeitos decorrentes da incorporação de ações para a sociedade incorporada, incorporadora e acionistas daquela.*

*O efeito verificado para o acionista é o de verdadeira sub-rogação real ou substituição das ações da companhia incorporada. Fala-se da ocorrência de sub-rogação real na incorporação de ações, fenômeno que consiste na substituição de um bem por outro, mantendo-se as mesmas relações jurídicas previamente existentes com relação ao substituído, permanecendo o acionista na mesma posição patrimonial e econômica, não se tratando de alienação como afirmado pelo Agente Fiscal. Não houve pagamento de qualquer contraprestação adicional. O próprio fisco admitiu a ocorrência de sub-rogação real, de acordo com o que dispõe o Parecer Normativo Cosit nº 39/81. Tais entendimentos também são respaldados por Parecer da CVM.*

*A cláusula 6.2 do Contrato de Associação faz parte do item 6 (Restrição à Alienação de Ações) que tem como finalidade conferir maior segurança ao período de look-up, equiparando-se a incorporação de ações à alienação apenas para definir relações contratuais entre as partes.*

### **Tratamento Tributário da Incorporação de Ações**

*No presente caso, não há que se falar em alienação e disponibilidade econômica ou jurídica, de acréscimo patrimonial de qualquer natureza nem de ganho de capital tributável.*

*Para os acionistas ocorre uma substituição de ações que não envolve transferência ou disponibilização de recursos financeiros. Ocorre um verdadeiro efeito econômico permutativo, sem disponibilidade econômica de renda. Ainda que se pudesse falar em alienação esta não seria tributável pela ausência de ganho jurídico ou econômico disponível.*

*Assim, pode-se dizer que a sub-rogação ocorrida assemelha-se a uma operação de permuta sem torna, na medida em que nela há a mera troca de bens. É pacífico o entendimento de não haver aumento patrimonial tributável na permuta sem torna. Em caso de recebimento de um bem em valor maior ao bem oferecido na permuta, o que ocorre é um ganho meramente potencial, que somente se efetivará quando o bem for alienado.*

*Os Pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (nº 970/91 e 454/92) concluem que a permuta de ativos não dá ensejo à tributação dos potenciais ganhos de capital. Não havendo pagamento em dinheiro, qualquer exigência fiscal sobre o ativo recebido acabaria por tributar o patrimônio do contribuinte, violando princípios constitucionais tributários. Cita acórdãos do CARF*

### **Regime de Caixa Aplicável às Pessoas Físicas**

*As ações substituídas com um verdadeiro efeito econômico permutativo não implicaram disponibilidade de renda passível de ser tributada pelo IRPF. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. Somente se pode impor o imposto de renda no momento em que há efetiva disponibilidade de recursos financeiros.*

*Se não houve a realização da renda de modo que o numerário tenha sido efetivamente recebido pelo seu titular, não houve ganho de capital e não poderá haver incidência do imposto de renda. Qualquer tentativa de exação nesse sentido consistirá afronta ao princípio da capacidade contributiva.*

*Mesmo que se entenda pela aplicação do art. 23, §2º da Lei 9.249/95, o eventual ganho de capital auferido na incorporação de ações estará diferido para o momento em que, de fato, ocorrer a efetiva alienação das ações recebidas.*

**Erro de Critério Jurídico**

*O Agente Fiscal considerou que o fato gerador ocorreu em 05/01/2011 quando da aprovação da incorporação das ações da MDI pela DASA em AGE realizada por esta última.*

*De forma contraditória, o Agente Fiscal (fl. 28) cita o item 6.4 do Contrato de Associação o qual prevê a restrição da negociação das ações da DASA recebidas pelos antigos sócios acionistas da MDI por um período de 48 meses contados da data da aprovação da incorporação das ações.*

*Ainda que se entenda que houve alienação das ações em 05/01/2011, pela análise da cláusula de restrição de alienação a suposta renda realizada nesta data seria apenas correspondente às ações de emissão da DASA emitidas em substituição às 500.000 ações de emissão da MDI de titularidade da impugnante e do Sr. Edson de Godoy Bueno.*

*Até o encerramento do período de 48 meses não poderia haver fato gerador, pois o contribuinte, apesar de possuir a propriedade das ações, delas não poderia dispor.*

*Também se verifica que a data eleita pelo Agente Fiscal como fato gerador está em desacordo com o art. 116 do CTN tendo em vista a pendência de condição suspensiva (encerramento do período de restrição) para que se pudesse mensurar o efetivo acréscimo patrimonial.*

*Conseqüentemente, houve evidente erro de critério jurídico quanto ao suposto fato gerador.*

**Juros sobre Multa**

*Os juros calculados mediante utilização da Taxa Selic não podem ser exigidos sobre a multa de ofício lançada por absoluta ausência de previsão legal. A legislação prevê a incidência apenas sobre tributos, sendo que multa não é tributo*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento- DRJ julgou improcedente a impugnação conforme se constata pela ementa abaixo transcrita:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Data do fato gerador: 05/01/2011*

**GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO.**

*Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos. A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº6.404, de 1976, é espécie.*

**INCORPORAÇÃO DE AÇÃO.**

*Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo*

*custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.*

*Os juros incidentes sobre a multa de ofício não são objeto do lançamento. De todo modo, tem-se que a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e, nos termos da legislação em vigor, os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Irresignada, a contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 1932/1989, no qual reitera os argumentos utilizados quando da Impugnação. Ressalta, em particular, o equívoco cometido pela decisão recorrida ao afirmar que " o contribuinte não constesta os cálculos e valores do ganho de capital tributável e do imposto apurados em decorrência da operação de incorporação de ações da empresa MDI pela DASA, restringindo-se à questões de direito. Isso porque, em razão da cláusula de lock up constante do item 6.2 do Contrato de Associação, a aquisição das ações estava sujeita à cláusula suspensiva por um período de 48 meses. Sendo assim, a base de cálculo a ser utilizada no lançamento deveria ser apurada tomando como base o valor das ações em 05/01/2015 e não em 05/01/2011, como constante do lançamento.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contra-razões ao Recurso Voluntário, na qual alega, resumidamente, o seguinte:

a) Que existem três correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da incorporação de ações: a primeira corrente que defende que a incorporação de ações caracteriza-se como uma espécie de incorporação e alienação ficta. A segunda corrente que entende que trata-se de negócio jurídico específico do direito societário e a terceira corrente que entende que se trata de permuta ou sub rogação real.

b) que avaliação realizada quando da incorporação de ações é fundamental para o deslinde da questão, uma vez que, no contrato de permuta, o valor dos bens permutados é irrelevante e não afeta o negócio jurídico. Sendo assim, não seria possível a equiparação pretendida pela Recorrente, pois o preço atribuído as ações por ocasião da avaliação aproximaria a incorporação ao contrato de compra e venda.

c) que a integralização de capital na incorporadora com ações da incorporada importa em transferência de propriedade, o que nada mais é do que uma alienação em sentido amplo;

d) que o art. 3º, §3º da Lei nº 7.713/88 determina que serão consideradas ganho de capital 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 e contratos afins.

f) que a contribuinte errou na sua declaração, pois a entrega das ações não se deu pelo valor da declaração de bens, mas pelo seu valor de mercado, violando assim os arts. 3º, §2º e 19 da Lei nº 7.713/88.

g) que a alegação da recorrente no sentido de que somente se poderia apurar ganho de capital por ocasião da venda das ações recebidas pelos acionistas se funda em concepção de regime de caixa que confunde disponibilidade econômica com disponibilidade financeira.

h) que a incorporação de ações reúne todos os requisitos para se considerar a renda realizada, independente de sua conversão em pecúnia, uma vez que houve acréscimo patrimonial, mensurável, em decorrência de cumprimento de obrigação, ente partes independentes.

i) que a restrição ao direito de propriedade, constante da cláusula de lock up, não descaracteriza o direito de propriedade, pois inúmeras são as restrições ao direito de propriedade que decorrem do adequado exercício da sua função social.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Relatora Júnia Roberta Gouveia Sampaio

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

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:

*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.* (grifamos)

Foram citados como enquadramentos legais da infração o artigo 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, §2º, da Lei nº 9.249/95, abaixo transcritos:

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

*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.* (grifamos)

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?

#### 1) PRELIMINAR

Em relação a nulidade apontada pela Impugnante, ora Recorrente, a Delegacia de Julgamento se limitou a afirmar, com fundamento no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que não haveria que se falar em nulidade, uma vez que, sob o aspecto formal, os atos praticados no processo foram lavrados por pessoa competente (inciso I) e os despachos e

decisões foram igualmente lavrados por autoridades competentes e sem preterição do direito de defesa (inciso II).

Entendo que ausência de subsunção do fato a norma que suporta o presente lançamento, se confunde com o mérito e, por isso, será com ele analisada.

## 2) DA NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

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).

Ao buscar subsídio da jurisprudência deste Conselho, verifica-se que Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao analisar a questão no Acórdão 9202-003.579, na sessão de 03 de março de 2015, 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. O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

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

*Exercício: 2008*

*IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.*

*A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.*

*Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.*

*Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do **imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.***

***Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a***

*exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado. (grifamos)*

Ao elaborar o voto vencedor, o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, após mencionar a divergência nas decisões do CARF sobre o tema, assim expõe suas razões:

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

(...)

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 conseqüências, 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 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.***

(...)

***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. (grifos no original)***

(...)

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.*

Assim como exposto no precedente supra transcrito, entendo que este é o posicionamento que melhor se amolda ao conceito de renda, tal como previsto no artigo 43 do Código Tributário Nacional, bem como à sistemática adotada para a tributação da renda das pessoas físicas.

Com efeito, o artigo 43 do Código Tributário Nacional ao tratar do conceito de renda, assim dispõe:

*"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de 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.*

Por meio do conceito acima transcrito o CTN deu conta dos diversos regimes jurídicos utilizados para tributação, respectivamente, da renda das pessoas jurídicas e físicas. Conforme esclarece Misabel Derzi:

*"É preciso registrar ainda que a lei brasileira, seguindo a tendência universal nos países ocidentais, separa os contribuintes em pessoas físicas e jurídicas e submete-os a tratamento jurídico distintos. **Podemos falar em dois conceitos de renda diferenciados: o primeiro é utilizado pela lei para apurar a renda da pessoa física e o outro é empregado na determinação da renda da pessoa jurídica. Deriva daí o conceito ambíguo e complexo do Código Tributário Nacional, que procurou abranger, de forma mais ampla possível, ambos os tratamentos jurídicos.** (grifamos) ("Princípio de Cautela ou Não Paridade de tratamento entre Lucro e Prejuízo" CARVALHO, Maria Augusta Machado de (org.) *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro, 1988, p. 256/257)*

Conforme se constata pela leitura do artigo 38 do Regulamento do Imposto de Renda, 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, nestes termos:

*"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 tal o da entrega de recursos** pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira a favor do beneficiário.*

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

### 3) DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS SUJEITOS À CONDIÇÃO SUSPENSIVA

Independente da posição adotada quanto a natureza jurídica da incorporação de ações, entendo 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, é importante atentar para especificidades da operação objeto do lançamento discutido nesses autos.

Isso porque, conforme exposto no relatório, a fiscalização considerou como momento da ocorrência do fato gerador do ganho de capital auferido pela Recorrente a data da aprovação da incorporação das ações da MDI pela DASA em AGE realizada pela última. Para fiscalização, em 05/01/2011, a Recorrente teria alienado 33.920695 ações da DASA multiplicadas pelo valor de troca no montante de R\$22,29. Esse valor (R\$ 22,29) foi definido no item 4 do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações, com base em cotação de mercado e *"correspondente à média ponderada por volume dos preços médios diários dos 20 pregões anteriores a 7 de dezembro de 2010, data de assinatura do Contrato de Associação e do Protocolo de Incorporação"*. (fls. 207)

Todavia, conforme se verifica do contrato de Associação e Outras Avenças (fls. 247/309) os novos acionistas da DASA não poderiam alienar suas ações pelo prazo de 2 anos. É o que se constata pela leitura da cláusula 6.1 (fls 263) abaixo transcrita:

**6. RESTRIÇÕES A ALIENAÇÃO DE AÇÕES**

**6.1 . Restrições a Alienações de Ações de emissão da DASA. Observadas as exceções previstas na Cláusula 6.4, pelo prazo de 48 (quarenta e oito) meses contado da data de aprovação da Incorporação de Ações (Período de Lock-up), os Acionistas MDI deverão abster-se de Alienar (conforme definido abaixo) ações de emissão da DASA de sua titularidade, adquiridas como resultado da Incorporação de Ações.**

Dessa forma, antes decorrido esse período, não há que se falar em ocorrência do fato gerador, conforme se conclui pela leitura dos artigos 116 e 117 do Código Tributário Nacional:

**Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:**

***I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;***

***II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.***

(...)

**Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:**

***I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;***

***II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio. (grifamos)***

Dessa forma, ainda que se considere que a incorporação de ações é espécie de alienação, o fato gerador, no caso em questão, só ocorreria após o implemento da condição suspensiva. Vale dizer, para correta apuração da base de cálculo deveria ser considerada o valor da ação na data de 05/01/2015 e não 05/01/2011 como efetuado pela fiscalização.

Como bem ressalta a Recorrente, considerando-se que as ações da DASA são ativos negociados com liquidez diária na bolsa, em relação as ações sujeitas ao lock up, só seria possível mensurar o impacto efetivo no patrimônio da Recorrente na data em que essa pudesse dispor de suas ações. Nesse sentido, conforme informação pública disponível no site da Bolsa, o valor de fechamento das ações da DASA em 01/01/2015 foi de R\$10,45.

Sendo assim, na data em que as ações da DASA se tornaram negociáveis pela Recorrente, houve uma variação negativa de 46,88% entre o valor utilizado para estabelecer a relação de troca de ações (R\$ 22,29) e o valor das ações da DASA em 05/01/2015 (R\$ 10,45)

Diante da referida variação, o eventual acréscimo patrimonial da Recorrente seria equivalente a R\$ 331.187.578,12 e não R\$ 757.833.275,72 constatare do lançamento.

Além disso, a alegação da Procuradoria da Fazenda no sentido de que *"as partes acordaram uma restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade. Restrição essa que não afasta o uso e gozo do bem, no caso, as ações, em nada interfere na conclusão acima mencionada.*

Conforme disposto no artigo 1228 do Código Civil, o direito de propriedade se compõe de três faculdades, uso, gozo e disposição, além do direito de reavê-la de terceiros. Ocorre que, no caso em questão, o direito de propriedade foi restringido exatamente na faculdade essencial à ocorrência do fato gerador do imposto de renda que é a disposição. Se estivéssemos tratando de um imposto sobre a propriedade, tal restrição, por certo, não teria qualquer influência na ocorrência do fato gerador. No entanto, conforme disposto no artigo 43 do CTN, a renda se caracteriza, precisamente, pela ***disponibilidade econômica ou jurídica*** atributo inexistente até a implementação da condição suspensiva prevista na cláusula de lock up.

### 3) CONCLUSÃO

Em face de todo exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

*(Assinado digitalmente*

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.

## Voto Vencedor

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, redator designado.

A par das muito bem efetuadas considerações na ilustre Conselheira relatora, Junia Roberta Sampaio Gouveia, peço vênias para divergir especificamente em relação a dois pontos, quais sejam, a incidência do imposto de renda sobre a operação que aqui se debate e o momento da ocorrência do fato gerador.

Transcrevo do voto da relatora:

*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).*

*Ao buscar subsídio da jurisprudência deste Conselho, verifica-se que Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao analisar a questão no Acórdão 9202-003.579, na sessão de 03 de março de 2015, 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.*

(...)

Bem, em relação à questão do ganho de capital tributável, entendo que 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. Veja-se:

*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.*

Cito o precedente Acórdão 2201-003.254 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 12 de julho de 2016, ao qual me filio, para embasar meu entendimento:

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

(...)

Naquele Voto vencedor, bem esclareceu o conselheiro redator Carlos Henrique de Oliveira que:

*A leitura atenta do parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, nos permite a imediata constatação da aplicabilidade do mesmo ao caso em apreço, uma vez que versa justamente sobre a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física no caso de ganho de capital.*

*Nesse dispositivo de lei encontramos a equiparação à alienação das operações que importem em transferência de titularidade de qualquer bem ou direito, seja qual for o negócio jurídico. Tal afirmação encontra amparo na constatação de um rol exemplificativo existente no texto legal precedido de comando de larga abrangência representado pela expressão "operações que importem alienação, a qualquer título de bens ou direitos ou cessão ou...tais como...".*

*Nítido que o legislador quis que o ganho de capital sofresse a incidência qualquer que fosse a forma de transmissão do bem ou do direito do contribuinte para outrem. Somente tal interpretação da norma pode lhe emprestar concretude, pois é cediço que há no texto legal equiparação entre negócios jurídicos reconhecidamente distintos como a alienação, cessão, compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda e contratos afins.*

(...)

*Como bem dito pela Conselheira Relatora, fls 1236, na operação que nos interessa temos:*

***"O que se verifica, na operação narrada, é uma subrogação, no patrimônio da acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa (ações da HFF pelas ações da BRT), não havendo que se falar em ganho de capital, pois não há disponibilidade efetiva da renda, que pode acontecer, caso a contribuinte efetue a alienação da participação societária" (destaquei)***

*Dois pontos merecem destaque da arguta observação: em primeiro lugar e corroborando nosso entendimento, há efetiva substituição de bens no patrimônio do acionista, no caso o sujeito passivo.*

*Em segundo lugar, por expressa disposição do § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, tal substituição de bem, que cause **'benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título'** atrai a incidência do imposto sobre a renda.*

*Não pode ser outra a inteligência da leitura conjunta dos parágrafos 3º e 4º do mencionado artigo 3º da lei do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital.*

*Nem se diga que não se observa a incidência por ausência de ganho de capital, uma vez que não houve disponibilidade efetiva de renda. O texto legal é claro em asseverar que há incidência independentemente da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando que exista o benefício do contribuinte por qualquer forma, o que se observou no caso concreto pela variação patrimonial positiva constatada pelo Fisco.*

(...)

#### **DO REGIME DE CAIXA**

*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.*

*E isso foi constatado pela Fiscalização, consoante se observa no quadro constante do item 81 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 466).*

*Importante ressaltar que a motivação constante do mencionado Termo de Verificação se coaduna com todo o entendimento acima esposado, não restando, no entender deste Conselheiro, nenhum reparo a ser realizado.*

*Assim, não cabe razão ao recorrente nesse ponto.*

Em outro precedente, o Acórdão n.º 2201-002.960, de 08/03/2016, ao qual também me filio, temos que:

*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.*

*VOTO*

*(...)*

*Como se vê, a incorporação das quotas da sociedade Pastificio Basilar Ltda. pertencentes aos quotistas pessoas físicas reveste a natureza jurídica de verdadeira alienação de participação societária que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, evidencia-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. Diferentemente, a incorporação das quotas da sociedade Pastificio Basilar Ltda. pertencentes à quotista pessoa jurídica se resumiu a uma mera substituição das quotas de uma sociedade por quotas de outra sociedade, que ocorreu sem*

*aumento de capital e mediante mera substituição de expressões contábeis.*

Assim, diferentemente da nobre relatora, entendo que houve alienação de participação societária, com vantagem aferida, ensejando a aplicação da tributação sobre o ganho.

Prosseguindo, transcrevo ainda do Voto vencido:

*Independente da posição adotada quanto a natureza jurídica da incorporação de ações, entendo 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, é importante atentar para especificidades da operação objeto do lançamento discutido nesses autos.*

*Isso porque, conforme exposto no relatório, a fiscalização considerou como momento da ocorrência do fato gerador do ganho de capital auferido pela Recorrente a data da aprovação da incorporação das ações da MDI pela DASA em AGE realizada pela última....*

*Todavia, conforme se verifica do contrato de Associação e Outras Avenças (fls. 247/309) os novos acionistas da DASA não poderiam alienar suas ações pelo prazo de 2 anos.*

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.

Vejamus um exemplo. O contribuinte recebe seu salário no dia 05 de setembro, e sobre ele incide o imposto de renda na fonte. Mas assina contrato particular com sua esposa, comprometendo-se a gastar somente metade desse salário naquele mês, e guardar o restante para gastar somente em dezembro. O fato de ter assinado um instrumento particular que o impede de gastar o salário em nada afeta o fato gerador do imposto, que ocorrerá sobre a totalidade do salário, já em setembro. E ele só pode se comprometer a "não gastar" aquele salário sobre o qual já adquiriu a disponibilidade.

E se no período houver uma significativa inflação que corra o valor do salário e em dezembro ele não possa mais comprar as mesmas mercadorias que poderia ter comprado em setembro? Nada se altera.

Aqui, o contribuinte alega que após o período chamado de *lock up* (48 meses) quando finalmente poderia vender as ações, elas estavam em valor menor que no momento da AGE, considerado pela fiscalização. Ao assinar o contrato particular, aceitou esse risco negocial, que não pode ser oponível à tributação.

Enfim, entendo que esteve correta a fiscalização ao fixar o momento da ocorrência do fato gerador, à luz do conceito de "disponibilidade econômica ou jurídica", que norteia o imposto sobre a renda e que cláusulas contratuais que impeçam ou limitem a alienação das ações obrigando o contribuinte a retê-las por determinado período, não são

oponíveis ao fisco, para modificar a definição e o momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, entendido, no caso, como aquele em que se verificou o acréscimo patrimonial.

Pelo que se encontra relatado, o valor das ações decresceu no período do *lock up*. E se tivesse subido? Ao alienar a terceiros por um valor superior, haveria a ocorrência de um outro fato gerador, pela diferença entre o valor de incorporação e esse valor de alienação.

E se decidisse "nunca" vender as ações? O fato gerador ocorreria independentemente dessa inexistente venda, por ocasião da incorporação das ações, com caráter de "alienação", como aqui já se discutiu, quando foi verificado um aumento no patrimônio do sujeito passivo.

Enfim, transcrevo ainda do voto da Relatora:

*6.1 . Restrições a Alienações de Ações de emissão da DASA. Observadas as exceções previstas na Cláusula 6.4, pelo prazo de 48 (quarenta e oito) meses contado da data de aprovação da Incorporação de Ações (Período de Lock-up), os Acionistas MDI deverão abster-se de Alienar (conforme definido abaixo) ações de emissão da DASA de sua titularidade, adquiridas como resultado da Incorporação de Ações. (destaquei)*

Ora, o fato de poderem assinar um contrato com essa cláusula só reforça a idéia de que as ações eram deles, pertenciam-lhes, pois não se poderia dizer que vai-se abster de vender algo que não lhe pertence. Estavam exatamente dispendo sobre o que fazer com as ações.

Observei que na impugnação o contribuinte questionara a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Disse a DRJ, em 1ª instância, conforme aqui relatado:

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.*

*Os juros incidentes sobre a multa de ofício não são objeto do lançamento. De todo modo, tem-se que a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, e, nos termos da legislação em vigor, os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

Copio ainda deste relatório que:

*Irresignado, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 1938/2002, no qual reitera os argumentos utilizados quando da Impugnação....*

Bem, mantido o lançamento, quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, meu entendimento é pelo cabimento.

De acordo com o artigo 113, § 1º do CTN, a *obrigação principal* surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo **ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Entendo que obrigação e crédito tributário são duas faces da mesma moeda, sendo que o crédito nada mais é que a própria obrigação, tornada líquida, certa e exigível, pelo lançamento.

Nesse sentido, o artigo 139 do *Códex* estatui que *o crédito tributário* decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Mais adiante, o artigo 161 traz que *o crédito* não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

Enquanto as obrigações acessórias tem por objeto as prestações positivas (fazer) ou negativas (deixar de fazer), a obrigação principal constitui-se sempre em "dar" uma importância em moeda. Mesmo sabendo que "multa" não é tributo, conforme conceito disposto em seu artigo 3º, o legislador quis que a obrigação de dar, ou seja, aquela dita principal, tivesse como objeto tanto o tributo quanto a multa, dita "penalidade pecuniária". Está escrito no § 1º do artigo 113.

Assim, "crédito tributário", que tem a mesma natureza da obrigação que o precede, também conforme o CTN, no artigo 139, engloba tanto o tributo quanto a multa, que a ele se vincula.

E esse "crédito tributário", ou seja, tanto o tributo quanto a multa, será acrescido de juros de mora, quando não pago no vencimento, como também está expresso no artigo 161.

A única diferença reside no termo *a quo* para aplicação dos juros. Sobre o tributo, desde o seu vencimento, na forma da lei; sobre a multa, desde a constituição do crédito, pelo lançamento, com a lavratura do auto de infração.

Não é possível que o valor da multa fique congelado no tempo. Assim, conclui-se que 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).

Conforme Súmula CARF nº 4:

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

*Assinado digitalmente*

Marcio Henrique Sales Parada

Processo nº 10880.722427/2014-61  
Acórdão n.º **2202-003.487**

**S2-C2T2**  
Fl. 2.109

---

CÓPIA