



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

Processo nº 10950.721026/2013-32
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-007.835 – 2ª Turma
Sessão de 21 de maio de 2019
Matéria IRPF - Ganho de Capital
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
FRANCISCO JOSE NOGAROLI NETO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010, 2011

IRPF. ISENÇÃO. LUCROS DISTRIBUÍDOS. EMPRESA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO. LUCRO EXCEDENTE AO PRESUMIDO. APURAÇÃO. REGIME DE CAIXA.

Embora as pessoas jurídicas tributada com base no lucro presumido estejam autorizadas a adotar o regime de caixa no reconhecimento de receitas e despesas, para fins de apuração dos seus lucros e resultados, a apuração do lucro presumido, tributado pela pessoa jurídica, e do lucro excedente ao presumido, apurado com base na escrituração, e que pode ser distribuído com isenção do imposto, devem ser apurados com base no mesmo critério de reconhecimento de receitas.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ESPÉCIE DE ALIENAÇÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações constitui espécie do gênero alienação, sujeitando-se à incidência do imposto sobre o ganho de capital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora) e Ana Paula Fernandes, que lhe negaram provimento. Acordam, ainda, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício.

Patrícia da Silva - Relatora.

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Patrícia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Miriam Denise Xavier (suplente convocada), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício)

Relatório

Trata-se de Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Contribuinte contra acórdão julgado em sessão plenária de 07 de junho de 2017, foi julgado o Recurso Voluntário em epígrafe, proferindo-se a decisão consubstanciada no Acórdão nº 2201-003.677, assim ementado:

Exercício: 2010, 2011

LANÇAMENTO. PAGAMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINTO.

Segundo dispõe o artigo 156 do CTN, o pagamento é causa extintiva do crédito tributário. Comprovando o contribuinte o pagamento parcial do crédito tributário, a parcela a ele correspondente deve ser excluída do litígio.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Conforme dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, a matéria não

expressamente contestada pelo impugnante deverá ser considerada como “não impugnada” e, por consequência, consolida-se administrativamente o crédito tributário a ela relativa.

NULIDADE. LANÇAMENTO. REQUISITOS. INOCORRÊNCIA.

Comprovado que o lançamento foi realizado com atendimento às formalidades legais e permitiu o pleno exercício do direito de defesa, deve ser afastada a preliminar de nulidade.

NULIDADE. PESSOA FÍSICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA.

Considerando que os negócios jurídicos societários analisados possuem intrínseca conexão com o contribuinte pessoa física sócio das empresas averiguadas, é impossível reconhecer que

não há sua relação pessoal e direta com as situações que constituíram os fatos geradores imputados pela autoridade fiscal.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRESA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO COM APURAÇÃO DE RECEITAS PELO REGIME DE CAIXA. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL PELO REGIME DE COMPETÊNCIA. TRIBUTAÇÃO DOS VALORES EXCEDENTES AO LUCRO PRESUMIDO.

Os valores distribuídos aos sócios, excedentes ao lucro presumido da pessoa jurídica, não se sujeitam à incidência do imposto de renda quando a fonte pagadora é tributada pelo lucro presumido e adota o regime de caixa para reconhecimento de suas receitas, desde que a escrituração contábil da empresa aponte a existência de lucro superior ao presumido.

GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ESPÉCIE DE ALIENAÇÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações constitui espécie do gênero alienação e, assim sendo, enseja apuração de imposto de renda sobre o ganho de capital.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL DA PESSOA FÍSICA. DESCONTO SIMPLIFICADO. DISPÊNDIO.

O desconto simplificado substitui as deduções legais cabíveis no modelo completo de declaração de ajuste anual, sendo, por conseguinte, considerado dispêndio e lançado como tal no demonstrativo, não podendo esse valor justificar acréscimo patrimonial.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a tributação sobre os lucros distribuídos. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Dione Jesabel Wasilewski, Marcelo Milton da Silva Risso (Relator), que negavam provimento e Ana Cecília Lustosa da Cruz, que dava provimento em maior extensão. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Na origem:

Auto de Infração (fls. 1446/1465), cujas constatações foram relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.384/1.429) e Anexos (fls. 1.430/1.445), tendo a descrição dos fatos do mencionado auto apurando as seguintes condutas, assim resumidas no relatório do Acórdão da DRJRJI (fls. 1.670/1.671):

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS DO TRABALHO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA, no valor de R\$ 5.576,00 para o ano-calendário 2010. Consignou o Autuante como fonte pagadora a empresa ARGUS – EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.;

OMISSÃO DE RENDIMENTOS SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS, no valor de R\$ 543.404,42 para o ano calendário 2009. Consignou o autuante que os rendimentos foram recebidos da pessoa jurídica ÉVORA COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA, decorrentes da disponibilização/creditamento pela empresa de juros sobre capital próprio excedentes ao limite passível de dedutibilidade na empresa;

OMISSÃO DE RENDIMENTOS A TÍTULO DE RESGATE DE RECURSOS DE PLANO DE SEGURO DE VIDA VGBL, no valor de R\$ 17.333,83 em 28/02/2010. Consignou o Autuante como fonte pagadora a BRASILPREV;

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS A TÍTULO DE LUCRO DISTRIBUÍDO EXCEDENTE AO ESCRITURADO, no valor de R\$ 1.531.000,00 em 20/07/2009. Consignou o autuante que os rendimentos foram disponibilizados/creditados, mediante simulação, a sócio ou acionista de pessoa jurídica submetida à época da apuração ao regime de tributação com base no Lucro Real, excedente ao valor escriturado/declarado, pois que apurado prejuízo fiscal e efetivamente disponibilizado ao sócio na opção da empresa pelo Lucro Presumido;

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS A TÍTULO DE LUCRO DISTRIBUÍDO EXCEDENTE LUCRO PRESUMIDO, no valor de R\$ 3.352.546,07 em 29/12/2009. Consignou o autuante que os rendimentos foram disponibilizados/creditados a sócio ou acionista de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no Lucro Presumido, excedente ao Lucro Presumido diminuído de impostos e contribuições, pois o Demonstrativo com base na escrituração contábil utilizado pela pessoa jurídica para justificar distribuição de lucros com isenção superior ao Lucro Presumido, foi elaborado partindo-se de receitas não oferecidas à tributação;

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO nos meses de 02/2010 (R\$ 253.027,01) e 03/2010 (R\$ 26.828,93);

OMISSÃO APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS ADQUIRIDOS EM REAIS, no valor de R\$ 104.231.657,00, em 26/02/2010;

Das condutas acima, decorreram as seguintes multas:

MULTA no percentual de 75%, no valor total de R\$ 989.875,72;

MULTA no percentual de 150%, a apenar a infração OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS A TÍTULO DE LUCRO DISTRIBUÍDO EXCEDENTE AO ESCRITURADO (R\$ 1.531.000,00), no valor total de R\$ 421.025,00;

MULTA ADMINISTRATIVA PELA FALTA DE INFORMAÇÃO DE PAGAMENTO EFETUADO, no valor de R\$ 7.583,87 em 30/04/2010 e R\$ 17.358,18 em 29/04/2011. Consignou o Autuante que o contribuinte deixou de informar pagamentos realizados na Declaração de Ajuste Anual, no quadro Relação de Pagamentos e Doações Efetuadas

Cientificado do auto de infração em 26/02/2013 (fls. 1.467), em 24/03/2013 o Recorrente apresentou Impugnação (fls. 1.469/1.552), contestando parte da autuação e reconhecendo as seguintes matérias juntando o comprovante de recolhimento conforme fls. 1.676 do voto da DRJ, *verbis*:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS A TÍTULO DE LUCRO DISTRIBUÍDO EXCEDENTE AO ESCRITURADO, no valor de R\$ 1.531.000,00 em 20/07/2009.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DO TRABALHO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA, no valor de R\$ 5.576,00 para o ano calendário 2010.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS A TÍTULO DE RESGATE DE RECURSOS DE PLANO DE SEGURO DE VIDA VGBL, no valor de R\$ 17.333,83 em 28/02/2010.

MULTA no percentual de 150% sobre a omissão de rendimentos recebidos a título de lucro distribuído excedente ao escriturado (R\$ 1.531.000,00), no valor total de R\$ 421.025,00.

MULTA ADMINISTRATIVA pela falta de informação de pagamento efetuado, no valor de R\$ 7.583,87 em 30/04/2010 e R\$ 17.358,18 em 29/04/2011.

Diante deste contexto, se conclui ser a matéria não impugnada, tornando imediatamente exigível o crédito tributário correspondente, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Por oportuno, destaca-se existir cópia de DARF à fl 186, donde se constata o pagamento da multa no percentual de 150% (R\$ 421.025,00) e multa administrativa (R\$ 24.942,05) com aproveitamento da redução de 50% e o recolhimento do imposto correspondente.”

Do Recurso da Fazenda Nacional:

O processo foi encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 05/07/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1914). De acordo com o disposto no art. 7º, §§ 3º e 5º, da Portaria MF nº 527, de 2010, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorre em 30 (trinta) dias da remessa do processo à PGFN. Em 28/07/2017, tempestivamente portanto, foi interposto o Recurso Especial de fls. 1915/1929 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1929).

O apelo visa a rediscutir a seguinte matéria: incidência do imposto de renda sobre lucros distribuídos a sócio por pessoa jurídica sujeita ao regime do lucro presumido, com apuração de receitas pelo regime de caixa para determinação de sua tributação.

Como paradigma, foi indicado o Acórdão nº 2202-003.018, de 10/03/2015.

A divergência foi descrita pela Fazenda Nacional da seguinte forma (destaques da Recorrente):

"Com a devida vênia, nota-se que o r. acórdão recorrido não empreendeu a melhor análise da legislação pertinente, mais especificamente no tocante ao art. 10, da Lei nº 9.249/95, tendo, no ponto, contrariado também a jurisprudência desse Eg. Conselho Administrativo. Doravante se passará a demonstrar que a r. decisão merece ser reformada por esta Col. CSRF.

Nesse ponto, o Termo de Verificação Fiscal entende que "Conforme esta resposta da ARGUS, a opção da empresa foi pela tributação como lucro presumido, e regime de reconhecimento de receitas pelo fluxo de caixa. Mas apenas para fins de tributação. O que a empresa denominou "contabilidade societária" foi realizada no regime de competência, segundo informado, e daí se realizaram o Balanço Patrimonial e a DRE, com a consequente geração de lucros em montantes superiores ao que se apuraria pelo regime de caixa. A cisão transferiu parte desses lucros à P8 e esta distribuiu ao sócio FRANCISCO com isenção." (...)

Em contraponto, em caso em tudo semelhante ao ventilado neste feito, o aresto colacionado como paradigma adotou tese jurídica diversa do acórdão recorrido. (...)"

Para melhor demonstrar o dissídio suscitado, a Fazenda Nacional transcreveu excerto do voto vencedor do recorrido e a ementa e excertos do relatório e voto condutor do paradigma, da forma como se segue (destaques da Recorrente):

Acórdão recorrido:

Voto

"Há expressa determinação da legislação no sentido que a distribuição de lucros ou dividendos das pessoas jurídicas que apurem o IRPJ devido com base no lucro presumido se dê com respeito ao limite dos valores de lucros obtidos como decorrência da presunção da lei, ou com base no lucro devidamente apurado com base na escrituração contábil, após os ajustes determinados pela lei tributária, consoante a disposição do artigo 238, II da novel IN RFB nº 1700, acima transcrito.

Decerto que o limite para tal distribuição é a existência do lucro. Ora, se houve a devida escrituração contábil, e se houve o registro das receitas da empresa com base no regime de caixa, tendo o Fisco dúvida sobre o montante distribuído, deveria ele, Autoridade Lançadora, ter verificado se tal montante extrapolou o limite do lucro apurado e não simplesmente asseverar, como feito, que a apuração das receitas com base no regime de caixa é incompatível com a escrituração contábil com base no regime de competência.

Por ser matéria afeta a constituição do direito do Fisco ao crédito tributário, cabe à Autoridade Fiscal sua comprovação.

Logo, por haver expressa legislação que permita ao Recorrente a apuração da tributação devida sobre suas receitas ser realizada com base no regime de caixa e a escrituração contábil, com consequente apuração do lucro, com base no regime de

competência não se pode admitir o lançamento como realizado, restando comprovado o cumprimento da legislação pelo sujeito passivo e não tendo o Fisco comprovado a distribuição de lucro acima do montante permitido pela legislação.”

Acórdão nº 2202-003.018:

Ementa:

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

Exercício: 2010

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EMPRESA TRIBUTADA PELO LUCRO PRESUMIDO COM APURAÇÃO DE RECEITAS PELO REGIME DE CAIXA. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL PELO REGIME DE COMPETÊNCIA. TRIBUTAÇÃO DOS VALORES EXCEDENTES AO LUCRO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA DE COMPARABILIDADE

No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido, a parcela dos lucros que exceder o valor da base de cálculo do imposto, diminuída de todos os tributos a que estiver sujeita a pessoa jurídica, sofrerá tributação, se a empresa não possuir escrituração contábil feita com observância da lei comercial, que demonstre que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado, ou seja, o lucro presumido. Uma vez que o critério de contabilização comercial é o regime de competência e seu lucro presumido foi apurado com base no regime de caixa, estamos diante de critérios distintos, alternativos, não simultâneos, não passíveis de serem comparados para o fim de avaliação do lucro a ser distribuído com isenção.

Recurso negado."

Relatório:

"Segundo consta no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal, a exigência é decorrente da constatação de que houve omissão e falta de recolhimento do imposto relativo aos valores recebidos da pessoa jurídica Florença Administradora de Bens e Participações Sociais Ltda (CNPJ 10.750.799/000197), excedentes ao lucro presumido da mesma, diminuído dos impostos e contribuições. Esses valores totalizaram R\$ 1.400.556,00 e foram recebidos no dia 22/11/2010. O contribuinte havia informado esses valores em sua declaração de ajuste anual como isentos (capitalização de lucros), baseando se em Demonstrativo de Resultado do Exercício – DRE e Balanço Patrimonial BP elaborados com base na escrituração contábil da pessoa jurídica, na qual foi apurado lucro contábil consideravelmente superior ao lucro presumido que serviu de base de cálculo para os impostos e contribuições devidos pela empresa. Contudo, esse lucro contábil foi desconsiderado pela fiscalização, por ter sido apurado a partir de receitas não

oferecidas à tributação. Como a pessoa jurídica, cuja atividade se desenvolvia no ramo imobiliário, estava submetida à tributação pelo lucro presumido com reconhecimento de receitas pelo regime de caixa, a fiscalização entendeu que ela não poderia utilizar o lucro apurado em sua escrituração contábil como referência para distribuição de lucros com isenção, pois esse lucro contábil é decorrente do reconhecimento de receitas pelo regime de competência, o que não guarda coerência e não pode ser comparado com o lucro presumido apurado com base no regime de caixa."

Voto:

O Auto de Infração tem por objeto o lançamento de imposto de renda incidente sobre os valores que o contribuinte autuado recebeu da pessoa jurídica Florença Administradora de Bens e Participações Sociais Ltda (CNPJ 10.750.799/000197) a título de distribuição de lucros, em montante excedente ao lucro presumido utilizado como base de cálculo para os tributos devidos pela empresa.

Da Isenção dos Lucros Distribuídos

A isenção dos lucros distribuídos está prevista no art. 10 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995:

...

Tratando-se de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido, para que a distribuição aos sócios do valor excedente aos lucros tributados seja considerada rendimento isento é necessário observar o disposto no art. 51 da Instrução Normativa no 11, de 21 de fevereiro de 1996:

...

Em suma, a empresa enquadrada no regime de Lucro Presumido está autorizada a distribuir lucros excedentes aos calculados através da base de cálculo do imposto, diminuído dos impostos e contribuições devidas, desde que demonstrado, através de escrituração contábil com observância da lei contábil, que o lucro efetivo é maior. Artigo 10 da Lei nº 9.249/05 e art. 51, § 2º, da IN SRF nº 11/1996 c/c art. 48, § 2º, da IN nº 93/1997.

Por sua vez a INSRF nº 104, de 1998, foi normatizada a apuração do Lucro Presumido com base no regime de caixa, cujo art 1º preceitua:

...

Nesse contexto, está se permitido um novo sistema de apuração do Lucro Presumido, dando ao contribuinte, a partir de agosto de 1998, a opção de reconhecer as receitas – base de cálculo do lucro, à medida do recebimento.

Nota-se portanto que a regra de reconhecimento das receitas pelo regime de caixa, na apuração do Lucro Presumido, é posterior a autorização da distribuição do lucro excedente, no caso das pessoas jurídicas que mantêm escrituração contábil (art. 48, IN 93/97) e, na nova regra (IN 104/98).

As duas normas devem ser interpretadas em conjunto, é o operador do direito deve formular mentalmente a regra para lidar com as situações prescritas nesta legislação.

O que se perquire neste processo é responder tal como sustentado pela autoridade fiscal: Incide a tributação sobre o excedente do lucro líquido contábil distribuído pelas empresas que adotam o regime de tributação do Lucro Presumido e reconhecem suas receitas com base no regime de caixa?

Pessoalmente entendo que sim, como se procurará explicar a seguir.

Da Contabilidade Juridicizada e os valores da Consistência e Comparabilidade

...

Isto posto a comparabilidade e a consistência são valores que devem ser seguidos no processo de análise de qualquer informação contábil.

Comparar lucro presumido apurado pelo regime de caixa com lucro contábil apurado pelo regime de competência, para identificar o que é excedente de lucro. É um absurdo contábil que não é passível de ser aceito. Não é possível afirmar que um é maior que outro, pois ambos são elaborados com critérios distintos. Se a legislação efetivamente prevê-se essa possibilidade não haveria nada a fazer, entretanto a legislação não trouxe esse condicionamento, momento em que se aplica os valores próprios da contabilidade.

O fato da norma não condicionar no que se refere a necessidade de regimes consistentes e comparáveis, não libera o empresa a apurar de acordo com sua conveniência, pois isso fere os valores contábeis da comparabilidade e da consistência.

Embora a nova norma não tenha condicionado expressamente que o contribuinte só pode distribuir o excedente de lucro apurado na contabilidade desde que aplique o mesmo regime de reconhecimento de receitas, e esse o princípio que se extrai da aplicação estrita das normas de contabilidade.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que os princípios e normas contábeis são fontes do direito equivalentes aos costumes e têm aplicação nas matérias em que não haja lei expressa em contrário.

Da Incongruência de Critérios no caso concreto

Urge registrar a incongruência dos critérios utilizados para determinação do lucro distribuído pela empresa (apurado por meio de escrituração contábil, utilizando o regime de competência) e para determinação do lucro que serviu de base de cálculo para os impostos e contribuições (apurado com reconhecimento de receitas pelo regime de regime de caixa).

O procedimento adotado pelo contribuinte fiscalizado é incompatível, pois utiliza dois regimes contábeis distintos, um mais favorável para a tributação e outro para assegurar que os lucros distribuídos evidentemente sejam apurados com base em receitas que não serviram de base para apuração dos tributos devidos pela pessoa jurídica.

Na língua inglesa há um ditado: “You cannot compare apples and oranges” (“não compare maçãs e laranjas”, em tradução livre). Basicamente, usa-se a metáfora para descrever coisas que, apesar de guardarem semelhanças, no fundo são muito diferentes. Desse modo não há como comparar, um resultado apurado pelo regime de caixa e outro pelo regime de competência.

Cabe destacar que a fiscalização destacou que embora se adote o regime de caixa para apuração do lucro presumido, a empresa fiscalizado não mantém contas específicas em sua contabilidade para controlar os valores efetivamente recebidos. O que em última instância revelaria também um descumprimento das obrigações contábeis. A escrituração contábil realizada pela empresa, salvo melhor juízo, não se presta assim a demonstrar que seu lucro efetivo é superior ao seu lucro presumido. Isto porque tal escrituração foi realizada com base no regime de competência, e seu lucro presumido foi apurado com base no regime de caixa. Critérios contábeis distintos, alternativos, não simultâneos, não passíveis de serem comparados para o fim de avaliação do excedente de lucro a ser distribuído com isenção.

Acrescente-se, por pertinente, que na visão deste julgador, é irrelevante a destinação do lucro após a sua distribuição, seja este disponibilizado ao recorrente, ou mesmo que num momento imediatamente subsequente, os recursos sejam utilizados pelo beneficiário numa nova capitalização de uma empresa. No gênero ocorreu uma distribuição de dividendos, sujeita a tributação conforme argumentado neste voto.

Ante ao exposto, voto por negar provimento ao recurso.”

Do despacho de admissibilidade:

No acórdão recorrido, entendeu-se que os valores distribuídos a sócio, excedentes ao lucro presumido da pessoa jurídica, não estão sujeitos à incidência do imposto de renda quando a pessoa jurídica, submetida ao regime do lucro presumido, utilizou o regime de competência para a determinação do lucro distribuído e o regime de caixa para reconhecimento de receitas para fim de apuração da base de cálculo de seus impostos e contribuições.

Já no acórdão paradigma, entendeu-se haver “incongruência” nos critérios utilizados para a determinação do lucro distribuído pela empresa - apurado por escrituração contábil, regime de competência - e para determinação dos valores que serviram de base de cálculo para os impostos e contribuições - apurados pelas receitas recebidas, regime de caixa. Em decorrência, julgou-se procedente o lançamento do imposto de renda incidente sobre os valores que o contribuinte autuado recebeu da pessoa jurídica a título de lucros distribuídos, em montante

excedente ao lucro presumido utilizado como base de cálculo para os tributos devidos pela pessoa jurídica.

O Contribuinte apresentou contrarrazões pugnando pelo não provimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional, com especial relevo:

Em primeiro lugar há que se destacar que, segundo a legislação brasileira e as normas internacionais contábeis, a escrituração dos registros contábeis SOMENTE pode ser realizada pelo regime de competência, inexistindo outra forma de escrituração possível, como bem preceitua o art. 177, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.), in verbis:

Escrituração

Art. 177: A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

...art. 9.º da Resolução CFC nº 750/93, in verbis:

Art. 9.º O Princípio da COmpetência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se refere, independentemente do recebimento ou pagamento.

Dentre os Pronunciamento já publicados, o CPC-00 trata da "Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil Financeiro" o qual foi aprovado pelo CFC através da Res. CFC nº 1.121/08, que assim versava:

Regime de Competência

22. A fim de atingir seus objetivos, demonstrações contábeis são preparadas conforme o regime contábil de competência. Segundo esse regime, os efeitos das transações e outros eventos são reconhecidos quando ocorrem (e não quando caixa ou outros recursos financeiros são recebidas ou pagas) e são lançadas nos registros contábeis dos períodos a que se referem. As demonstrações contábeis dos períodos a que se referem. As demonstrações contábeis preparadas pelo regime de competência informam aos usuários não somente sobre transações passadas envolvem o pagamento e recebimento de caixa ou outros recursos financeiros, mas também sobre obrigações de pagamento no futuro e sobre recursos que serão recebidos no futuro. Dessa forma, apresentam informações sobre transações passadas e outros eventos que sejam as mais úteis aos usuários na tomada de decisões econômicas. O regime de competência pressupõe a confrontação entre receitas e despesas que é destacada nos itens 95 e 96.

Logo, em observância a normas contábeis nacionais e internacionais, os registros contábeis não podem ser realizados de outra forma senão pelo regime de competência.

Recurso Especial do Contribuinte trouxe as seguintes matérias:

- a) preliminarmente, nulidade do acórdão recorrido por não analisar matéria de ordem pública, que teria sido suscitada nos memoriais e na sustentação oral;
- b) preliminarmente, deficiência na fundamentação do lançamento constitui vício material do lançamento;
- c) preliminarmente, necessidade de manifestação de ofício sobre vício da fundamentação do lançamento, pois seria matéria de ordem pública;
- d) preliminarmente, nulidade do lançamento relativo ao ganho de capital na incorporação de ações por ausência de fundamentação legal correta;
- e) natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não; e
- f) aplicação do regime de caixa ao IRPF, do que resultaria a inexistência do imposto na incorporação de ações devido à ausência de recebimento de dinheiro.

E do despacho de admissibilidade:

Em relação à matéria do item "a" - preliminarmente, nulidade do acórdão recorrido por não analisar matéria de ordem pública, que teria sido suscitada nos memoriais e na sustentação oral -, o recurso caracteriza-se pela absoluta falta de indicação de acórdão paradigma.

Verifica-se que o sujeito passivo objetiva que se reconheça que foram apresentados memoriais de julgamento, bem como arguido em sustentação oral o suposto vício na fundamentação do lançamento, o que fora refutado pelo despacho de rejeição de embargos, no seguinte trecho transcrito pelo sujeito passivo:

Despacho de rejeição de embargos

"Esta alegação não merece acolhimento. É que sequer consta dos autos os memoriais que o sujeito passivo alega trazerem argumentos relativos à nulidade do lançamento. Por outro lado, também não consta da ata da sessão de julgamento qualquer menção que o patrono do embargante tenha feito esta arguição da tribuna.

Nesse sentido, **não há de se acatar a omissão relativa ao enfrentamento da nulidade do lançamento por falta de fundamentação legal.**

Mas ainda que houvesse o registro de tal alegação, entendemos que teria ocorrido preclusão processual, posto que essa matéria não foi tratada na impugnação, tampouco no recurso e, em absoluto, tal questão pode ser entendida como matéria de ordem pública, a ser conhecida em qualquer fase do processo, uma vez que não é questão que transcenda ao interesse das partes, mas restrita ao enquadramento legal de fatos específicos tratados na autuação." (grifei)

...

No que tange à matéria do item "b" - preliminarmente, deficiência na fundamentação do lançamento constitui vício material do lançamento -, foram indicados como paradigmas os Acórdãos 9303-005.459 e 9303-004.603, os quais constam do sítio do CARF na Internet e até a data da interposição do recurso não haviam sido reformados.

Com o objetivo de demonstrar o dissídio interpretativo, o sujeito passivo transcreve as seguintes passagens dos paradigmas:

Paradigma - Acórdão 9303-005.459

AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA OU ERRO NA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. (...)

Paradigma - Acórdão 9303-004.603

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. NATUREZA DO VICIO. FALTA DE SUBSUNÇÃO DOS FATOS A NORMA. Constatada que não há uma escorreita ligação entre os fatos supostamente praticados pelo contribuinte, com a norma legal que fundamenta a autuação, o auto de infração deve ser nulo por vício material, por ferir requisito essencial na constituição do lançamento, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional e por nos termos dos requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72.

Salta aos olhos que o sujeito passivo toma por comprovado que há deficiência na fundamentação do lançamento - uma suposta ausência de fundamentação legal correta -, mas isso é o que o recorrente gostaria de ver comprovado e não o que foi comprovado.

*Na verdade, essa suposta comprovação de ausência de fundamentação legal correta constitui a matéria do item "d" - **preliminarmente, nulidade do lançamento por ausência de fundamentação correta** -, que será analisada adiante. Ressalta-se que o eventual seguimento da matéria do item "b" somente seria possível com o concomitante seguimento da matéria do item "d" que lhe serve de esteio.*

Nesse seara, a apresentação de acórdãos nos quais considerou-se que "deficiência na fundamentação do lançamento" constitui vício material, por si só, não traz proveito ao apelo do sujeito passivo. Efetivamente, a divergência somente seria demonstrada com a colação de paradigma no qual não só se tenha classificado a "deficiência na fundamentação do lançamento"

como vício material, mas que tenha laborado em situação similar à do acórdão recorrido.

Ocorre que, sob esse prisma, o sujeito passivo não se desincumbiu do ônus de demonstrar a divergência. Mesmo que houvesse tentado, não obteria êxito em demonstrar o dissídio, pois as situações tratadas nos paradigmas não guardam semelhança com a do recorrido.

Na verdade, arguir a ausência de fundamentação legal correta em caso de incorporação de ações implica o ônus de apresentar paradigma que tenha lidado com essa mesma questão nos termos em que provocada na matéria do item "d". Mas não é o caso dos paradigmas, como se passa a explicitar.

No caso do primeiro paradigma tratou-se de Auto de Infração por meio do qual fora exigida multa regulamentar do Imposto de Importação, por alegados erros no preenchimento das Declarações de Importação e, em se tratando de recurso especial de divergência, o julgado limitou-se a dirimir o dissídio em relação à natureza do vício, se material ou formal. Veja-se:

Paradigma - Acórdão 9303-005.459

"Portanto, a matéria devolvida ao Colegiado cinge-se à **natureza do vício que ensejou a anulação do lançamento.**

Trata-se de questão estritamente processual, qual seja, na nulidade por cerceamento de defesa aduzida em razão de má ou incompleta descrição da infração ou dos fundamentos da autuação."

No que toca ao segundo paradigma, analisou-se questão específica da legislação aduaneira. Veja-se:

Paradigma - Acórdão 9303-004.603

"O lançamento ora combatido, teve como base a conversão da pena de perdimento em multa, devido a saída de mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, utilizando produtos estrangeiros, sem a suposta emissão de Notas Fiscais.

Já a base legal utilizada, descreve como punível com a multa no valor

da mercadoria, aqueles que entregarem ao consumo produtos de procedência estrangeira introduzidos clandestinamente no País ou importado irregular ou fraudulentamente. Pela descrição da base legal, fica cristalino que a penalidade é aplicada a produtos estrangeiros, que tenham sido importados irregularmente ou de forma fraudulenta.." (grifei)

Assim, não restou demonstrada a divergência arguida, logo, o recurso não pode ter seguimento em relação à matéria do item "b" - preliminarmente, deficiência na fundamentação do lançamento constitui vício material do lançamento.

Alusivamente à matéria do item "c"- preliminarmente, necessidade de manifestação de ofício sobre vício da fundamentação do lançamento, pois seria matéria de ordem pública -, foram colacionados os Acórdãos 3402-002.920 e 2201-004.031 como paradigmas, os quais constam do sítio do CARF na Internet e até a data da interposição do recurso não haviam sido reformados.

Quanto ao primeiro paradigma, o sujeito passivo transcreveu os seguinte:

Paradigma - Acórdão 3402-002.920

Ementa

(...) QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EX OFFICIO. VÍCIO NA LEGITIMIDADE PASSIVA DO RESPONSÁVEL ELEMENTO ESSENCIAL DO ATO DE LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. EXCLUSÃO DO RESPONSÁVEL

As questões de ordem pública não estão sujeitas à preclusão temporal, podendo ser conhecidas a qualquer tempo, inclusive de ofício, pelos julgadores. O responsável não exercia qualquer cargo de gestão durante o período da autuação, razão pela qual não pode ser considerado responsável apenas por ser gestor da empresa à época da autuação. (...) (Destaques do sujeito passivo)

Voto

"Nos termos do § 6.º do art. 9.º da Portaria MPS/GM n.º 520/2004 c/c art. 17 do Decreto n.º 70.235/1972, a abrangência da lide é determinada pelas alegações constantes na impugnação, não devendo ser consideradas no recurso as matérias que não tenham sido aventadas na peça de defesa.

Dita referência, consuma o conceito de preclusão no âmbito do direito processual. A mestra Ada Pellegrini Grinover leciona que 'a preclusão 'não apenas proporciona uma mais rápida solução do litígio, mas bem ainda a tutelar a boa-fé no processo, impedindo o emprego de expedientes que configurem a litigância de má-fé". Tal expediente todavia, não é absoluto. Há casos em que as questões estão além da disponibilidade das partes, gozando de um status de questão de ordem pública, sujeitando-se a um regime processual distinto.

Neste casos, entendo que não se aplica a preclusão, podendo a decisão ser revista a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou mesmo apreciado novo argumento, independente em que momento a matéria tenha sido arguida. Encontram-se dentre matérias que não são alcançadas pela preclusão: condições da ação, pressupostos processuais, nulidades absolutas, erros materiais e prescrição."

Ora, o sujeito passivo parte da premissa de que houve erro na fundamentação do lançamento, pois considera que a operação de incorporação de ações não se subsumiria às normas jurídicas que irradiam dos dispositivos legais que serviram de fundamentação legal do auto de infração.

Por outro lado, nesse primeiro paradigma discutiu-se a legitimidade passiva do sócio, uma temática sem similaridade com a do recorrido. Observa-se no excerto do voto condutor do paradigma (transcrito pelo recorrente) que o instituto da preclusão foi relativizado para a situação específica da legitimidade passiva do sócio, essa sim tida como de ordem pública. Confira-se:

Paradigma - Acórdão 3402-002.920

Voto

"I) Da exclusão da responsabilização tributária do sócio com fulcro no art.135, III do Código Tributário Nacional. No momento da lavratura do Auto de Infração, o Sr. Antônio Gomes de Melo foi indicado pela autoridade fiscalizadora como responsável solidário, sob a seguinte motivação (fl. 1133):

Conforme descrição dos fatos expostos no Termo de Verificação Fiscal anexo, a empresa apresentou divergência entre as informações prestadas nos Dacons dos anos-calendário 2010 e 2011 e aquelas prestadas em DCTF, posto que nada informou sobre débitos de PIS e da Cofins nas DCTFs.

Como a pessoa aqui qualificada era, à época dos fatos geradores e da transmissão das declarações, sócio-administrador da empresa, o mesmo, omissivo ou comissivamente, tentou impedir dolosamente o conhecimento, por parte das autoridades fazendárias, das características materiais dos fatos geradores do PIS e da Cofins devidos pela empresa, na sistemática não-cumulativa, de forma a não recolher a totalidade destes tributos, ficando caracterizada, assim, a sonegação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/64, especificamente na modalidade do seu inciso I. Como a conduta do sócio-administrador foi contrária à lei (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90; art. 56 da Lei nº 8.981/95; art. 71 da Lei nº 4.502/64), resta caracterizada sua responsabilidade solidária pelos créditos tributários constituídos nos autos de infração do PIS e da Cofins, os quais foram formalizados no processo administrativos em epígrafe, conforme art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional – CTN).

Entretanto, deve-se enfrentar primeiro a possibilidade de análise dessa questão diante da omissão da impugnação em aviá-la oportunamente."

Salienta-se que demais afirmações sobre matérias de ordem pública podem, no máximo, ser consideradas como obiter dictum, sem aptidão para sustentar uma demonstração de divergência.

Nesse quadro de ausência de similitude fática não se pode presumir qual seria a solução dada no paradigma se houvesse sido analisada a mesma questão que foi objeto do acórdão recorrido, de maneira que a divergência não restou demonstrada.

Assim, esse primeiro paradigma não é hábil à demonstração do dissídio de interpretação. Por seu turno, o segundo paradigma indicado pelo sujeito passivo é o Acórdão 2201-004.031, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, em 09/11/2017, a mesma Turma Julgadora que proferiu o aresto recorrido, o que contraria o caput do art. 67, do Anexo II, do RICARF:

"Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF." (grifei)

Dessarte, esse segundo paradigma não serve de paradigma.

Como nenhum dos dois acórdãos cotados à guisa de paradigma são hábeis à demonstração da divergência alegada, o recurso não pode ter seguimento em relação à matéria do item "c"- preliminarmente, necessidade de manifestação de ofício sobre vício da fundamentação do lançamento, pois seria matéria de ordem pública.

No que se trata da matéria do item "d" - preliminarmente, nulidade do lançamento relativo ao ganho de capital na incorporação de ações por ausência de fundamentação legal correta -, de início, convém esclarecer que o auto de infração contém diversas infrações e a presente matéria refere-se ao inconformismo do sujeito passivo em relação àquela que trata do ganho de capital na incorporação de ações.

O sujeito passivo considera que, em se tratando de incorporação de ações, não houve fundamentação legal correta porque o auto de infração teria se amparado no art. 117 do RIR1999 sem indicar de qual forma o ganho de capital ocorreria e teria se baseado no art. 123 do RIR1999 sem a especificação de qual de seus incisos seria aplicável ao caso concreto.

Essa é uma questão que não consta do acórdão recorrido e que foi objeto de embargos de declaração, em que se alegou omissão na apreciação de alegações feitas em memoriais e na sustentação oral.

Na análise da matéria do item "a" já se expôs que a decisão de rejeição dos embargos é definitiva. Em tal decisão consignou-se que não foram juntados memoriais nem houve comprovação de alegação em sustentação oral, essa discussão não pode ser reinaugurada em sede de recurso especial de divergência, mormente porque exigiria ultrapassar a questão da preclusão o que não ocorreu no exame da matéria do item "a" e não constitui o cerne da presente matéria.

Dessarte, a ausência de manifestação do acórdão recorrido, bem como do despacho de rejeição dos embargos, relativamente à alegada ausência de fundamentação correta sob a perspectiva dos arts. 117 e 123 do RIR1999, o seguimento do recurso esbarra na ausência de prequestionamento.

Assim, por não ter sido prequestionada, a matéria em questão não atende ao pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial descrito no § 5º do art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, transcrito abaixo:

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais."

Dada a ausência de prequestionamento, o Recurso Especial não pode ter seguimento, relativamente à matéria do item "d". Ainda que fosse possível superar o referido óbice - o que se admite somente para argumentar - outras razões impediriam o seguimento do apelo. Explicar-se-á. O sujeito passivo indicou vários paradigmas para a questão (2403-002.960, 2403-002.880, 2302-003.210, 2402-004.102, 1301-001.314, 2302-002.399 e 205-01.531), conseqüentemente, deve-se aplicar a norma prevista no §7º do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, abaixo reproduzido:

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

De outro giro, consigna-se que acórdão do Poder Judiciário não serve de paradigma foi falta de previsão regimental.

Assim, apenas os dois primeiros citados serão analisados: acórdãos 2403- 002.960 e 2403-002.880, os quais constam do sítio do CARF na Internet e até a data da interposição do recurso não haviam sido reformados.

Com a finalidade de demonstrar o dissentimento interpretativo, foram transcritos os seguintes trechos dos paradigmas:

Paradigma - Acórdão 2403-002.960

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO. NULIDADE. Apresentação de fundamentação legal genérica, sem exatidão, representa vício material insanável que torna nulo o lançamento. Recurso Voluntário Provido. Crédito Tributário Exonerado.

Paradigma - Acórdão 2403-002.880

NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL Apresentação de fundamentação legal insuficiente caracteriza vício material. Processo Anulado. Crédito Tributário Exonerado.

Põe-se em evidência que o recurso especial não constitui uma terceira instância de julgamento, na qual seria possível reapreciar provas e, sob um amplo âmbito de cognição, decidir se foi ou não empregada fundamentação legal correta. Na atual fase recursal, o âmbito cognitivo é limitado, uma vez que restrito à aferição de divergência de interpretação.

Assim, não é permitido ao recorrente construir suposta divergência já tomando como comprovada a premissa de que não houve fundamentação legal correta, visto que o acórdão recorrido disse o contrário. Antes disso, cabe ao recorrente indicar paradigma que tenha tratado de situação fática similar à do recorrido e que, interpretando a mesma legislação, tenha reputado que a fundamentação legal adotada não estava correta, razão pela qual a nulidade fora declarada.

O sujeito passivo considera que, em se tratando de incorporação de ações, não houve fundamentação legal correta porque o auto de infração ampara-se no art. 117 do RIR1999 e no art. 123 do RIR1999 sem especificar um dos incisos deste último.

Antes de ser uma questão de interpretação do CTN ou do Decreto 70.235, de 1972 - como o recurso sugere -, cuida-se de interpretação da legislação do IR.

Para fins de aferir a existência de divergência, indaga-se: os paradigmas analisaram operação de incorporação de ações e emprego do art. 123 do RIR1999? A resposta é um retumbante não. Os paradigmas ocuparam-se de interpretar legislação previdenciária alusiva ao FNDE. Veja-se:

Paradigma - Acórdão 2403-002.960

"Tem-se em pauta Notificação para Recolhimento de Débito (NRD) relativa a contribuições ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (salário-educação), incidentes

sobre as remunerações dos segurados que prestaram serviços ao Notificado no período de 01/1999 a 06/2002." (grifei)

Paradigma - Acórdão 2403-002.880

"Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão do presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, que decidiu pelo deferimento parcial da defesa apresentada pela empresa, reconhecendo que quando do lançamento não foram abatidos os pagamentos parciais efetuados pela empresa por meio dos Comprovantes de Arrecadação Direta."

(...)

O contribuinte foi intimado a recolher valores, tendo para tanto, a autoridade competente à época do Fato Gerador elaborado planilha de cálculo, sucinto relatório, bem como Notificação para Recolhimento de Débito NRD, fl. 43.

Ocorre que nestes documentos, não consta a tipificação exata da contribuição sob exigência, trazendo-se apenas os diplomas normativos, in verbis:

Fundamentação Legal: Decreto-Lei nº 1.422, de 23/10/1975; Decreto nº 76.923, de 26/12/1975; Decreto nº 87.043, de 22/03/1982; Decreto nº 88.374, de 07/06/1983; Lei nº 7.787, de 30/06/1989; Lei nº 8.212, de 24/07/1991; Lei nº 8.383, de 30/12/1991; Lei nº 8.620, de 05/01/1993; Lei nº 8.981, de 20/01/1995; Lei 9.065, de 20/06/1995; Lei nº 9.424, de 24/12/1996; Lei nº 9.528, de 10/12/1997; Lei 9.601, de 21/01/1998; Lei 9.766, de 18/12/1998; Decreto nº 3.034, de 27/04/1999; Decreto nº 3.048, de 06/05/1999; Decreto nº 3.142, de 16/08/1999 e Lei nº 9.876, de 26/11/1999.

Constatado que os paradigmas não trataram de situação fática similar e sequer interpretaram a mesma legislação, a divergência não restou demonstrada.

Diante das razões acima, quer por ausência de prequestionamento, como também por não demonstração de dissentimento interpretativo, o recurso não pode ter seguimento em relação à matéria do item "d" - preliminarmente, nulidade do lançamento relativo ao ganho de capital na incorporação de ações por ausência de fundamentação legal correta.

Em relação à matéria do item "e" - natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não -, a título de paradigmas, foram indicados os Acórdãos 9202.003.579 e 106-17.104. No que tange ao primeiro paradigma - 9202-003.579 -, o sujeito passivo leva a cabo o cotejo adiante reproduzido:

Acórdão recorrido

Ementa

"GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ESPÉCIE DE ALIENAÇÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. A incorporação de ações constitui espécie do gênero alienação e, assim sendo, enseja apuração de imposto de renda sobre o ganho de capital."

Acórdão Paradigma 9202-003.579

Ementa

"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. (...)

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."

Voto

"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.

(...)

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

(...)

A defesa, por outro lado, sustentou que não houve transferência das participações a terceiros, tendo ocorrido apenas uma troca de posições, ou seja, a contribuinte que era acionista da REFLA passou a ser da BRATIL, por idêntico valor, pois não houve circulação de numerário, sendo que os ganhos de capital das pessoas físicas somente são tributáveis pelo regime de caixa.

(...)

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, entendendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88.

(...)

Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

(...)

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

(...)

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

Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias.

(...)

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

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará

quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

(...)

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

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

(...)

Com tais considerações, entendo que não merece ser reformado o decisum recorrido"

De plano, constata-se que o acórdão recorrido e esse primeiro paradigma tratam da mesma matéria: lançamento de IRPF relativo a ganho de capital decorrente de operação de incorporação de ações.

A leitura dos trechos colacionados não deixa dúvidas acerca da demonstração da divergência jurisprudencial. No caso do acórdão recorrido, considerou-se que a operação de incorporação de ações está sujeita à incidência do imposto de renda pessoa física sobre o ganho de capital. No caso desse primeiro paradigma, ao contrário, o entendimento foi no sentido de que inexistente fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na operação em questão.

*Em suma, o recurso deve ter seguimento em relação à matéria **"e" - natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não** - com base, exclusivamente, no primeiro paradigma.*

*No que diz respeito à matéria do item **"f" - aplicação do regime de caixa ao IRPF, do que resultaria a inexigência do imposto na incorporação de ações devido à ausência de recebimento de***

dinheiro -, o sujeito passivo indica o Acórdão 106-17.104 - o mesmo citado como segundo paradigma da matéria anterior.

Conforme demonstrado na análise do item precedente, o Acórdão 106-17.104 já se encontrava reformado antes da data de interposição do recurso especial, de modo que não serve de paradigma, o que implica o não seguimento dessa matéria do item "f".

Dessa decisão o Contribuinte interpôs AGRAVO que teve a seguinte decisão:

1) ACOLHIDO para DAR seguimento ao recurso especial relativamente à matéria de mérito "aplicação do regime de caixa ao IRPF, do que resultaria a inexistência do imposto na incorporação de ações devido à ausência de recebimento de dinheiro" (apreciada no item "f" do Despacho agravado), mas apenas em relação ao paradigma nº 9202-003.579; e

2) REJEITADO relativamente às matérias preliminares (apreciadas nos itens "a", "b", "c" e "d" do Despacho agravado), prevalecendo, nesta parte, as negativas de seguimento ao recurso especial expressas pela Presidente da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento.

A Fazenda Nacional apresenta contrarrazões, pugnando pelo não provimento do Recurso Especial do Contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Admissibilidade:

Entendo tempestivo e presentes os demais requisitos de admissibilidade do Recurso Especial do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Mérito

O Recurso Especial da Fazenda Nacional **visa a rediscutir incidência do imposto de renda sobre lucros distribuídos a sócio por pessoa jurídica sujeita ao regime do lucro presumido, com apuração de receitas pelo regime de caixa para determinação de sua tributação.**

O Conselheiro Relator do *a quo* assim descreveu a imputação fiscal:

“Como se depreende da leitura do Termo de Verificação Fiscal (1.384/1.429), a fiscalização apontou que a empresa Argus utilizou ambos os regimes de caixa e de competência para determinar o lucro distribuído (competência) e o lucro oferecido

à tributação (caixa), conforme trechos do documento mencionado, abaixo transcritos:

“114. Portanto, ao optar pela tributação de suas receitas com base no regime de caixa, a empresa acabou por impactar a apuração de seu lucro com base na escrituração contábil, pois que ambos os elementos a serem comparados, para fins de distribuição de lucros isentos, deveriam ser passíveis de comparação, obtidos segundo as mesmas condicionantes ou, dito de outro modo, obtidos a partir das mesmas receitas tributadas.

115. Assim, não se pode permitir à empresa utilizar-se dos dois regimes de escrituração e reconhecimento de receitas, competência e caixa, simultaneamente, cada um para justificar um fim específico que lhe seja mais favorável. Um para justificar recolhimento de tributos reduzidos, e outro para distribuir lucros isentos elevados. A comparação entre o lucro presumido e o lucro contábil deve guardar coerência.

116. Há, portanto, necessidade de que a demonstração da qual eventualmente resulte lucro superior ao apurado nos critérios de presunção, demonstração essa baseada na escrituração contábil, seja feita coerentemente à opção e ao regime de reconhecimento de receitas adotado pela empresa. Como a comparação deve ser feita a partir da base de cálculo do lucro presumido e esta no caso concreto, foi apurada com base no regime de caixa, não se pode admitir que a empresa utilize demonstrativos contábeis elaborados com base em receitas obtidas mediante regime de competência para demonstrar lucro superior, e assim justificar isenção na distribuição desses lucros aos sócios.”

Verifica-se que o cerne da questão, o motivo fundante do lançamento é que – segundo a autoridade lançadora – a empresa escriturava sua contabilidade pelo regime de competência e tributava sua renda pelo regime de caixa, permitido para sua atividade.

Entendo, não obstante as razões apresentadas pela Fazenda Nacional, irrepreensíveis as fundamentações trazidas pelo ilustre Conselheiro Carlos Henrique, que passo a reproduzir e trago como razão de decidir:

Posta a situação fática, recordemos a legislação aplicável.

O Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, explicita:

Art. 654. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior Tal disposição regulamentar encontra seu fundamento de validade no artigo 10 da Lei nº 9.249/95. Recordemos sua redação:

*Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas **jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado**, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.*

Ora, claríssima a disposição da lei tributária: os lucros ou dividendos apurados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou presumido, não ficaram sujeitos ao imposto de renda do beneficiário pessoa física ou jurídica.

Assim, resta verificar se há restrição na legislação tributária sobre o montante do lucro a ser distribuído. Vejamos as disposições da Instrução Normativa nº 1700/17 que recentemente consolidou as disposições sobre o tema, sem porém inová-lo:

Art. 215. O lucro presumido será determinado mediante aplicação dos percentuais de que tratam o caput e os §§ 1º e 2º do art. 33 sobre a receita bruta definida pelo art. 26, relativa a cada atividade, auferida em cada período de apuração trimestral, deduzida das devoluções e vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

(...)

§ 9º O lucro presumido e o resultado presumido serão determinados pelo regime de competência ou de caixa.

(...)

Art. 238. Não estão sujeitos ao imposto sobre a renda os lucros e dividendos pagos ou creditados a sócios, acionistas ou titular de empresa individual, observado o disposto no Capítulo III da Instrução Normativa RFB nº 1.397, de 16 de setembro de 2013.

§ 1º O disposto neste artigo abrange inclusive os lucros e dividendos

atribuídos a sócios ou acionistas residentes ou domiciliados no exterior.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, poderão ser pagos ou creditados sem incidência do IRRF:

I o valor da base de cálculo do imposto, diminuído do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins a que estiver sujeita a pessoa jurídica;

II a parcela de lucros ou dividendos excedentes ao valor determinado no inciso I, desde que a empresa demonstre, com base em escrituração contábil feita com observância da lei comercial, que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado.

§ 3º A parcela dos rendimentos pagos ou creditados a sócio ou acionista ou ao titular da pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a título de lucros ou dividendos distribuídos, ainda que por conta de período base não encerrado, que exceder o valor apurado com base na escrituração, será imputada aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto sobre a renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais.

§ 4º Inexistindo lucros acumulados ou reservas de lucros em montante suficiente, a parcela excedente será submetida à tributação nos termos do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

(...)

Art. 225. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter:

I escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano calendário; e

III em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica e os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I do caput não se aplica à pessoa jurídica que no decorrer do ano calendário mantiver livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária.

De todo o exposto, podemos inferir sem nenhuma dúvida que há permissivo legal para a distribuição de lucros ou dividendos da pessoa jurídica, qualquer que seja a base de sua tributação pelo IRPJ, desde que tais lucros sejam

apurados com base em sua escrituração contábil e respeito as normas tributárias.

Há expressa determinação da legislação no sentido que a distribuição de lucros ou dividendos das pessoas jurídicas que apurem o IRPJ devido com base no lucro presumido se dê com respeito ao limite dos valores de lucros obtidos como decorrência da presunção da lei, ou com base no lucro devidamente apurado com base na escrituração contábil, após os ajustes determinados pela lei tributária, consoante a disposição do artigo 238, II da novel IN RFB nº 1700, acima transcrito.

Decerto que o limite para tal distribuição é a existência do lucro. Ora, se houve a devida escrituração contábil, e se houve o registro das receitas da empresa com base no regime de caixa, tendo o Fisco dúvida sobre o montante distribuído, deveria ele, Autoridade Lançadora, ter verificado se tal montante extrapolou o limite do lucro apurado e não simplesmente asseverar, como feito, que a apuração das receitas com base no regime de caixa é incompatível com a escrituração contábil com base no regime de competência.

Por ser matéria afeta a constituição do direito do Fisco ao crédito tributário, cabe à Autoridade Fiscal sua comprovação.

Logo, por haver expressa legislação que permita ao Recorrente a apuração da tributação devida sobre suas receitas ser realizada com base no regime de caixa e a escrituração contábil, com consequente apuração do lucro, com base no regime de competência não se pode admitir o lançamento como realizado, restando comprovado o cumprimento da legislação pelo sujeito passivo e não tendo o Fisco comprovado a distribuição de lucro acima do montante permitido pela legislação.

Outrossim, conheço o do Recurso Especial da Fazenda Nacional e no mérito NEGÓ-LHE provimento.

Do Recurso Especial do Contribuinte

Admissibilidade

Tempestivo e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço o Recurso Especial do Contribuinte.

Mérito

Ressalte-se que o Recurso Especial do Contribuinte foi conhecido quanto aos seguintes pontos:

e) natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não; e

f) aplicação do regime de caixa ao IRPF, do que resultaria a inexistência do imposto na incorporação de ações devido à ausência de recebimento de dinheiro.

Quanto a natureza jurídica da incorporação de ações e aplicabilidade do regime de caixa

O trabalho fiscal tratou de lançamento de IRPF em virtude de omissão de rendimentos recebidos do trabalho com vínculo empregatício em relação à pessoa jurídica ARGUS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (ARGUS); omissão de rendimentos recebidos da pessoa jurídica ÉVORA COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA (ÉVORA), relativos a juros sobre o capital próprio excedentes ao limite dedutível pela sociedade empresária; omissão de rendimentos de resgate de recurso de plano de seguro de vida – VGBL; omissão de rendimentos sujeitos à tabela progressiva a título de lucros excedentes aos escriturados pela sociedade empresária respectiva; omissão de rendimentos sujeitos à tabela progressiva recebidos a título de lucros distribuídos de maneira a exceder o lucro presumido; acréscimo patrimonial a descoberto no ano-calendário de 2010; omissão de lucros recebidos em virtude de ganho de capital decorrente de incorporação de ações; multa no percentual de 75%; multa no percentual de 150% sobre o valor recebido em virtude de simulação no recebimento de lucros distribuídos de maneira a exceder o escriturado e multa administrativa pela falta de informação de pagamento na Declaração de Ajuste Anual.

Neste tópico, sustenta o Recorrente a inaplicabilidade do artigo 23 da Lei 9.249/1995 à incorporação de ações, pois apesar do § 1º do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976 afirmar que a sociedade incorporadora das ações deve autorizar o aumento de capital, esta operação não deve ser confundida com a integralização de capital social a que alude o artigo 23 da Lei nº 9.249/1995.

Alega que a decisão recorrida confunde o momento da ocorrência do fato gerador do ganho de capital com o momento em que o tributo deve ser recolhido. Aduz que não nega a ocorrência do fato gerador, mas sim a inexistência de obrigação de recolhimento de imposto, diante da substituição (incorporação) de ações.

Neste ponto, entendo não prosperarem as alegações do Recorrente, pois conforme se verá adiante, a operação de incorporação de ações consiste em espécie de alienação tributada pelo IR a título de Ganho de Capital. Vejamos.

A operação **sub judice** se encontra pormenorizadamente no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 1.411/1.426, cujos trechos primordiais se transcreve abaixo:

“GANHO DE CAPITAL

Incorporação de ações da EVORA pela CSD

Ano calendário 2010

Alienação em sentido amplo Valor das ações alienadas superior ao valor informado na declaração de bens

Disponibilização jurídica/econômica e ganho patrimonial

185. Consta na DAA do contribuinte, ano-calendário 2010, quadro Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva/Definitiva, valor de R\$ 104.231.657,00 (cento e quatro milhões,

duzentos e trinta e um mil, seiscentos e cinquenta e sete reais) consignado sob informação “DIFERENÇA NA SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES EVORA / CSD”.

(...)

187. O contribuinte alega, portanto, ter havido uma mera substituição de ações da EVORA por ações da CSD. Ou seja, FRANCISCO cede o total das ações da EVORA, todas de sua titularidade, à CSD, tornando-se aquela uma subsidiária integral desta. Em contrapartida, ou como se alega, “em substituição às ações cedidas”, a CSD entrega a FRANCISCO novas ações da companhia, integralizadas com as ações da EVORA cedidas. Tal operação ocorreu em fevereiro de 2010. Em momento posterior, julho de 2010, a CSD realiza a incorporação da EVORA, com a consequente extinção da empresa incorporada.

(...)

Da incorporação de ações

190. Segundo descrito tanto por FRANCISCO quanto pela empresa CSD,

face os documentos apresentados, tem-se que a operação realizada se caracteriza como uma incorporação de ações.

191. Essa operação é uma maneira de se transformar uma sociedade por ações em subsidiária integral de outra sociedade por ações, convertendo-a em sociedade de um único sócio.

192. Nos termos do § 2o. do copiado art. 251, a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral de outra companhia brasileira, deve ser feita observando-se o previsto no art. 252 da mesma Lei n. 6.404, de 1976:

“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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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.

(Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.
(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)''

193. Em resumo aos textos legais copiados, destacam-se algumas das regras de conversão de uma sociedade em subsidiária integral de outra:

a operação deve ser aprovada em Assembléia Geral (AG) das duas companhias envolvidas;

as duas AG deliberam com base em protocolo e justificação (documento que assenta as condições da operação, e o interesse das duas sociedades na celebração do negócio);

ser realizado com as ações a serem incorporadas; nomear peritos para avaliá-las e aprovar o laudo pericial⁵³;

AG da sociedade cujas ações serão incorporadas deve aprovar a operação por maioria das ações com direito a voto, autorizando a diretoria a subscrever o aumento de capital da incorporadora⁵⁴;

é dado o direito aos dissidentes de se retirarem da companhia que se tornará subsidiária integral, mediante o recebimento do valor de suas ações;

os titulares das ações incorporadas recebem suas ações diretamente da incorporadora.

194. Resta claro que a incorporação de ações não se confunde com o instituto da incorporação de companhias. Em que pese a similaridade das denominações, os institutos produzem consequências jurídicas distintas e particulares, dentre as quais destacam-se os efeitos sobre o patrimônio das empresas: na incorporação de sociedades, o patrimônio da sociedade incorporada passa a integrar o patrimônio da sociedade incorporadora, ao passo que, na incorporação de ações, não há extinção da empresa. Na incorporação de ações muda-se a composição societária da subsidiária integral, mas sua personalidade jurídica, seus direitos e deveres e seu patrimônio mantêm-se intactos.

195. Trata-se de operação que propicia a concentração empresarial sem que se tenha de negociar a aquisição de participações societárias com cada um dos sócios. Realiza-se

sob a condição de observar rito peculiar. Por subverter as regras usuais de integralização de capital e de alienação de ações, a incorporação de ações exige a manifestação de ambas as sociedades, que deliberam sobre a operação em respectivas Assembléias Gerais.

Para os sócios que deliberam pelo aumento de capital, a decisão implica perda do direito de preferência na integralização; para os sócios que integralizam capital com suas ações, a decisão majoritária de autorizar a diretoria a transferi-las implica a necessidade de cada um optar entre aderir à vontade social ou exercer seu direito de retirada. Os sócios perdem o poder de fixar o preço de suas ações individualmente, mas não são vítimas de negociação feita à sua revelia. O ingresso em uma sociedade acarreta a aceitação das regras vigentes que a regem, o que pressupõe acatar as decisões societárias regulares, tanto as dos seus administradores, no uso dos seus poderes de representação, como as resultantes de deliberação de sócios votantes em assembléias, as quais indubitavelmente influenciam no valor das ações.

(...)

197. Para o caso concreto sob análise, a incorporada EVORA se constituía à época como sociedade unipessoal, sendo FRANCISCO seu único sócio. Sua vontade pessoal, majoritária pois que única na sociedade EVORA, se confunde com a própria deliberação da sociedade, embora pessoas distintas. Não se pode, assim, sequer aventar que a operação se realizou à margem da vontade de FRANCISCO, pois que este votou na AG, aprovou o Laudo de Avaliação, a Justificação da Incorporação, a incorporação das ações pela CSD, entregou suas ações da EVORA e recebeu as ações da CSD. Na incorporadora CSD, passou a ser o acionista majoritário, com 49,9977% das ações. Eventualmente somadas sua participação à de sua mãe Deolinda Brioli Nogaroli, com 0,0023% das ações, lhes daria deter 50,00% do capital. Portanto, difícil sustentar-se uma eventual tese de que a incorporação das ações foi realizada à revelia de vontade dos sócios, fruto apenas de negociação ocorrida entre empresas.

Da incidência de imposto de renda na incorporação de ações

198. Do instituto da incorporação de ações acima descrito, tem-se claro que a operação realizada não pode ser entendida à luz de uma mera substituição sem efeitos tributários, de ações da CSD (à época denominada Companhia Sulamericana de Comercialização CSC), por ações da EVORA e do então Supermercados Cidade Canção (SCC). Isto porque a relação de troca utilizada baseou-se no valor econômico das empresas cujas ações foram cedidas (ou valor de mercado, conforme citado na resposta do FRANCISCO ao TIF 017/2012).

199. De fato, e analisando-se especificamente a parcela relativa a FRANCISCO, a CSD emitiu 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações ao preço unitário de R\$ 1,00 (um real), as quais foram integralizadas com 6.626.000 (seis milhões, seiscentos e vinte e

seis mil) ações da EVORA, avaliadas, aceitas e recebidas pela CSD ao preço unitário aproximado de R\$ 16,73 (dezesseis reais, e setenta e três centavos) por ação. O beneficiário desta operação foi FRANCISCO, ora fiscalizado, pois que cedente da titularidade das ações da EVORA, e recebedor da parcela de 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações da CSD.

200. Destaca-se que o valor unitário de cada ação da EVORA em R\$ 16,73 (dezesseis reais, e setenta e três centavos) utilizada na integralização das ações recebidas ou subscritas na CSD (valor esse aceito pelas partes como valor econômico, ou valor de mercado da empresa EVORA), era superior ao valor patrimonial das mesmas ações, apurado pela empresa de consultoria contratada em R\$ 1,58 (um real e cinquenta e oito centavos) por ação. Essa diferença gerou um ágio⁵⁶ na aquisição dessas ações, contabilizado pela CSD, com possibilidade de amortização nos termos da legislação aplicável, e redução dos efetivos tributos federais a serem eventualmente apurados.

(...)

202. Portanto, contabilizando e apropriando-se do ágio, a empresa CSD considerou-se efetivamente onerada no valor de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais), relativamente às ações da EVORA.

203. Em movimento seguinte, FRANCISCO utiliza esse montante de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais) representativo das ações recebidas da CSD para, acrescido a R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais) em moeda corrente, integralizar à vista 111.072,657 (cento e onze mil, setenta e duas, seiscentos e cinquenta e sete milésimos) quotas do Fundo de Investimento em Participações DVA CNPJ 09.172.825/000168 (doravante FUNDO DVA), administrado pelo Banco Modal S.A. CNPJ 30.723.886/000162, com sede na cidade do Rio de Janeiro. Nos termos do Boletim de Subscrição de Cotas n. 01, apresentado por FRANCISCO⁵⁷ e confirmado pelo Banco MODAL⁵⁸, o valor unitário de cada quota se fazia em R\$ 1.000,00 (um mil reais), totalizando um patrimônio em quotas, de titularidade de FRANCISCO, em R\$ 111.072.657,00 (cento e onze milhões, setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais).

204. O mesmo FRANCISCO, em sua DAA ano calendário 2010, quadro Declaração de Bens e Diretos, informa possuir “COTAS NO FIP DVA CNPJ 09.172.825/000168”, situação em 31/12/2009 R\$ 0,00 e situação em 31/12/2010 R\$ 111.072.657,00 (cento e onze milhões, setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais).

205. Adicionalmente, tem-se o Livro Registro de Ações Nominativas n. 01 da CSD, consignando que FRANCISCO

integralizou em 26/02/2010 quantidade de 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações da CSD ao valor realizado de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais). Consta ainda, no mesmo Livro, à mesma data 26/02/2010, transferência do total dessas ações de FRANCISCO com aquisição por parte do FUNDO DVA."

Não obstante o contribuinte alegar em seu recurso que a operação foi tida indevidamente como alienação e na verdade se tratou de uma união de duas empresas (Évora e SCC) através de um acordo com fins de expansão e consolidação de suas atividades no mercado.

Explica:

"Na prática foi como se estas duas empresas (Évora e SCC) tivessem se fundido numa só (CSD), contudo, tendo em vista a maior complexidade da operação de fusão, resolveram realizar apenas a substituição de suas ações (Évora e SCC) por ações da nova empresa (CSD), tomando-se aquelas subsidiárias integrais desta, mantendo-as com personalidade jurídica ativa.



Neste particular, me filio ao voto vencedor constante do Acórdão 9202.003-579, da lavra do ilustre Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, verbis:

Como dito acima, a matéria envolve a exigência de imposto de renda incidente sobre ganho de capital apurado em operação denominada "incorporação de ações", a qual se encontra disciplinada pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76, da seguinte forma: Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225. § 1º.

A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. § 2º. A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. § 3º. Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem. Estão citados como enquadramentos legais da infração, dentre tantos outros, o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, segundo os quais: Art. 3º. O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei (...) § 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.

...

De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, Alienar significa “Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear;”. Sob minha ótica, “incorporação de ações” não se confunde com “incorporação de sociedades” nem tampouco com “subscrição de capital em bens” e, portanto, inexistente fundamento legal que dê sustentação ao lançamento. Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela. Já a integralização de capital consiste na subscrição de capital, quando uma sociedade comercial é constituída, ou seja, os

sócios assinam um termo prometendo injetar valores na empresa, quer sob a forma de dinheiro ou de bens e direitos.

A integralização do capital é o cumprimento da promessa, quando do sócio efetivamente entrega os valores ou bens para a empresa. O artigo 23 da Lei nº 9.249/95 trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens. Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária, entendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88. Já pela figura da incorporação de ações, transmite-se a totalidade das ações (e não do patrimônio), sendo que a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem, obviamente, ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual. Não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5º, inciso II, com o artigo 37 e com o artigo 150, inciso I, todos da Constituição Federal, ao que se soma o artigo 97, incisos I e III, e § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN, somente a lei pode instituir ou majorar tributos, bem como definir o fato gerador da obrigação tributária. Importante, neste momento, trazer à colação trecho da obra Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76, coordenada por Rodrigo Monteiro de Castro e por Leandro Santos de Aragão, Editora Quartier Latin, 2007, p. 119-143, contém artigo de autoria de Alberto Xavier, chamado Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário, que muito bem esclarece a questão: [...] Na verdade, incorporação de ações e incorporação de sociedades são fenômenos radicalmente distintos. As características essenciais da incorporação de sociedades consistem na transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, ocorrendo uma sucessão a título universal (art. 227, “caput”), bem como na extinção da sociedade incorporada, sem liquidação, a qual ocorre precisamente em decorrência da transmissão do seu patrimônio a título universal (art. 227, § 3º). (...) Na figura da incorporação de ações não ocorre nenhum dos traços essenciais da incorporação de sociedades. Não ocorre a transmissão de um patrimônio líquido global, como universalidade, mediante sucessão a título universal, mas simplesmente uma operação que tem por objeto, não a totalidade de um patrimônio, mas tão somente a totalidade das ações do capital de uma companhia pré-existente. Não ocorre também a extinção da sociedade cujas ações são objeto da “incorporação” a que se refere o art. 252, precisamente porque a operação tem o objetivo oposto de manter a respectiva personalidade jurídica, pressuposto lógico necessário da conversão da sociedade pré existente em subsidiária integral da “companhia incorporadora” das ações. (...) Pode, pois, concluir-se não existir qualquer relação de

identidade nem sequer de analogia entre a figura da incorporação de ações, regulada no art. 252, e a figura da incorporação de sociedades, regulada no art. 227. Também são totalmente distintas a figura da incorporação de ações e a figura da subscrição de capital em bens, regulada nos artigos 7º a 10. (...) A figura da subscrição de capital em bens reveste, pois, a natureza jurídica de um contrato entre o acionista e a sociedade, pelo qual o acionista transfere a titularidade de um bem ou direito pré-existente no seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, a qual, afetando esse bem ao seu próprio capital social, emite ações que são atribuídas ao acionista em contrapartida dos bens ou direitos conferidos. (...) A conferência de bens para a subscrição de capital é um ato de alienação cuja especificidade radica no fato de a contraprestação correlativa à entrega pelo sócio dos bens conferidos para integralização do capital estar na entrega pela sociedade, não de dinheiro ou bens de pagamento (como sucede na compra e venda), nem de bens de primeiro grau (como sucede na permuta), mas de bens de segundo grau, que são as ações ou quotas representativas do status de sócio do subscritor. (...) Fácil se torna, pois, demonstrar que a figura da incorporação de ações regulada no art. 252 é radicalmente distinta da figura de subscrição de aumento de capital em bens. Tenha-se presente que o objetivo essencial da figura da “incorporação de ações” consiste na “incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral” (art. 252 “caput”). Ora, se a incorporação de ações se fizesse pelo mecanismo da subscrição de capital em bens, isto é, pelo mecanismo de subscrição entre os sócios e a sociedade, o objetivo de constituição de subsidiária integral exigiria, necessariamente, a unanimidade dos sócios da sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, de tal modo que bastaria a discordância de um para que a operação se tornasse inviável. Precisamente porque a lei pretendeu viabilizar a formação superveniente de subsidiária integral, prescindindo a regra da unanimidade, ela foi forçada a abandonar a construção jurídica da figura da incorporação de ações baseada numa pluralidade de contratos de subscrição em bens, para optar pela configuração jurídica da operação como um contrato não já entre sócio e sociedade, mas entre duas sociedades, a companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e a companhia incorporadora. Este contrato resulta da convergência da vontade das duas companhias, expressa nas deliberações das respectivas assembléias gerais, a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 252. A configuração da operação de incorporação de ações como um contrato entre duas sociedades, e não como um contrato entre sócio e sociedade (como é a conferência de bens), resulta da necessidade de permitir que ela seja aprovada pela maioria e não pela unanimidade dos sócios, sendo que a maioria na sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas é uma maioria qualificada, exigindo o voto da metade, no mínimo, das ações com direito a voto (art. 252, § 2º). (...) Se bem se reparar, em parte alguma o art. 252 atribui relevância à manifestação de vontade do sócio na sua qualidade de subscritor, como sucederia

se se tratasse de subscrição de capital em bens, atuando apenas o sócio nas vestes de membro de um órgão da companhia – a assembléia geral – na qual pode exprimir o seu direito de voto. O objeto do contrato de incorporação de ações é precisamente a totalidade das ações do capital social de uma companhia que será objeto de ato de subscrição a ser praticado pela própria companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e de ato de aumento de capital na companhia incorporadora das ações. É precisamente da fusão destes atos unilaterais praticados ao nível corporativo de cada uma das sociedades que resulta o contrato de incorporação de ações. (...) Um dos efeitos típicos do contrato de incorporação de ações consiste precisamente na substituição no patrimônio dos sócios das ações previamente existentes, representativas do capital da sociedade da qual originariamente participavam, por ações da sociedade incorporadora emitidas em consequência da incorporação das mesmas ações. Trata-se de fenômeno meramente substitutivo, que não decorre de uma transmissão, seja ope voluntaris, seja ope legis. O único fenômeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, “aprovado o laudo de avaliação pela Assembléia Geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.” O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real. Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens. (...) No que concerne às pessoas físicas, trata-se de saber se, caso o aumento de capital da companhia incorporadora de ações se tenha baseado em laudo de avaliação que fixe o valor das ações a preço de mercado, superior ao valor pelo qual tais ações constam da declaração de bens dos sócios, será a diferença a maior tributável como ganho de capital, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. (...) Em face das considerações pendentes, relativas à natureza jurídica da figura de incorporação de ações e à nítida distinção relativamente à figura de subscrição de aumento de capital em bens, fácil se torna concluir que o art. 23 acima citado é exclusivamente aplicável a esta última figura, como aliás resulta do seu próprio caput, que se refere a uma transferência “a título de integralização de capital”. Ora, como atrás já largamente se demonstrou, enquanto na subscrição de bens para aumento de capital a operação é realizada entre o sócio e a sociedade, na figura da incorporação de ações a operação é realizada entre suas sociedades, a sociedade incorporadora das ações e a sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, sendo que o aumento de capital será subscrito por esta última.

Conseqüentemente, na figura da incorporação de ações o acionista não transfere bens ou direitos de qualquer natureza, limitando-se, de modo estático e passivo (como numa “quase desapropriação”), a ter no seu patrimônio substituídas as ações que previamente detinha pelas novas ações emitidas pela companhia incorporadora, ocorrendo um fenômeno de sub-rogação real. Não sendo aplicável à hipótese de incorporação de ações o art. 23 da Lei nº 9.249/95, os sócios pessoas físicas poderão manter o mesmo valor das ações da companhia incorporada, constante das declarações anteriores, limitando-se a informar que esse mesmo valor se refere às ações da companhia incorporadora que as substituíram. A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá em caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho computado pela diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens. Tenha-se finalmente presente que esta é a solução que melhor se adequa ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), pois só neste momento ocorrerá realização efetiva de um ganho, até então meramente potencial, pois precisamente neste momento é que ocorrerá a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda. No mesmo sentido, leciona NELSON EIZIRIK [Incorporação de ações: aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 78-99]: A incorporação de ações constitui a operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/1976. A incorporação de ações para o fim de constituição de subsidiária integral constitui manifestamente um instituto jurídico decorrente do processo crescente de concentração empresarial. O moderno capitalismo caracteriza-se, conforme pode ser observado na prática de negócios, por um alto grau de concentração econômica, o qual decorre de três fatores essenciais: a) da existência de economias de escala que a concentração possibilita, quer ao nível da unidade técnica de produção, quer ao nível da gestão empresarial, dado que os empresários buscam sempre minimizar seus custos de produção e de distribuição dos produtos; b) o impacto dos avanços tecnológicos na produção econômica; como a inovação tecnológica constitui uma das principais fontes de lucros das empresas e dada a maior dificuldade de seu desenvolvimento em unidade isoladas de produção, há uma tendência crescente para a concentração; c) da necessidade de diversificação na produção e distribuição dos produtos, com a consequente diminuição dos riscos inerentes a uma atividade monoprodutora. É inegável que uma das funções básicas do moderno direito societário é a de prover os instrumentos jurídicos adequados à instrumentalização e disciplina legal do processo de concentração empresarial. Nesse sentido, podemos verificar, conceitualmente, a existência de dois grandes grupos de instrumentos jurídicos societários aptos a instrumentalizarem a concentração empresarial: a dois institutos que permitem a conjugação de atividades, □ porém mantida a personalidade jurídica das empresas, como ocorre com os grupos de

sociedades; e a dois institutos que instrumentalizam a concentração por□ integração ou interpretação societária, como ocorre nas fusões e incorporações, em que desaparece a personalidade jurídica de uma das empresas envolvidas. Além dos institutos clássicos acima referidos, a disciplina jurídico-societária prevê determinados institutos híbridos, como é o caso da incorporação de ações para constituição de subsidiária integral, na qual procede-se a uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas, passando ela, porém a ter apenas um acionista.

[...] Trata-se, portanto, de típica operação de integração empresarial, que não se confunde com a operação de aumento de capital, embora traga, como uma de suas consequências, por força da incorporação das ações da incorporada ao capital da incorporadora, o aumento de capital desta última. [...] A subscrição constitui o ato pelo qual alguém transfere a título de propriedade bens ou direitos de seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, passando tais bens ou direitos a integrar o fundo comum ou social. Em contrapartida à conferência dos bens para a integralização do capital social, são atribuídas ao subscritor, que passará a gozar, a partir de então, do 'status socii'. A subscrição de capital em bens, está prevista nos artigos 7º a 10 da Lei das S.A, encerra um contrato entre a sociedade e o novo acionista. Na incorporação de ações, por outro lado, é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. [...] Uma outra diferença entre a subscrição e a incorporação de ações centra-se no elemento vontade. Com efeito, na subscrição, o subscritor manifesta sua vontade de se tornar sócio da companhia. Trata-se de ato unilateral e voluntário, pelo qual a pessoa que deseja se tornar acionista da sociedade manifesta a sua vontade de contribuir para o capital social, obrigando-se por determinado número de ações. Na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso. Na incorporação de ações, assim, haverá subscrição, independentemente da vontade do acionista minoritário, de ações da sociedade incorporadora com a totalidade das ações do capital social da companhia cujas ações serão incorporadas. [...] Na incorporação de ações, assim como ocorre na incorporação de sociedades, os acionistas da companhia incorporada perdem a titularidade das ações de sua propriedade e, em contrapartida, recebem ações de emissão da incorporadora. Contudo, a operação de incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei Societária, não se confunde com a incorporação de sociedades.

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

direitos e obrigações. Assim, em decorrência da incorporação, a sociedade incorporada desaparece e o seu patrimônio é incorporado à sociedade incorporadora, que realiza um aumento de capital a ser subscrito com a versão do patrimônio da incorporadora. Os acionistas da incorporadora perdem os direitos que tinham em relação ao patrimônio da sociedade extinta e passam a ser acionistas da sociedade incorporadora, recebendo, em substituição às suas antigas ações, ações de emissão da sociedade incorporadora. A Lei n. 6.404/76 especificou, nos três parágrafos do artigo 227, o procedimento a ser observado tanto pela companhia incorporadora quanto pela incorporada. Por sua vez, a incorporação de ações, como antes referido, constitui operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/76. Não há, na hipótese prevista no artigo 252 da Lei das SA, embora a norma mencione “incorporação” de ações, incorporação de uma sociedade por outra. A doutrina, aliás, tem criticado a utilização, pelo legislador, da palavra “incorporação”, conhecida como uma operação em que se extingue a sociedade incorporada, sendo sucedida pela incorporadora, o que não ocorre na incorporação de ações. [...] A incorporação de ações disciplinada no artigo 252 da Lei das S.A constitui negócio plurilateral, cujo objeto é a integração de participação societária, mediante a agregação de todas as ações da incorporadora ao patrimônio da incorporadora, mantida a personalidade jurídica da incorporada. Ou seja, não há, na incorporação de ações, a extinção da sociedade, cujas ações foram “incorporadas”, muito menos a sucessão em seus direitos e obrigações. [...] A operação prevista no artigo 252 da Lei das S.A, tem por objetivo a transformação de sociedade pluripessoal em subsidiária integral, mediante a “incorporação” da totalidade das ações de sua emissão ao patrimônio da companhia “incorporada”. Uma das principais características da operação de incorporação de ações é a compulsoriedade da transferência das ações dos acionistas, independentemente de seu consentimento. Isto é, verifica-se a total ausência do elemento volitivo para a efetivação e concretização deste tipo de operação. A operação de incorporação de ações decorre unicamente da deliberação assemblear, a cuja decisão os acionistas eventualmente discordantes não poderão opor-se, estando impossibilitados de impedir a operação. É nas assembleias gerais que será verificada a vontade social das duas sociedades: a incorporadora e a da que terá suas ações incorporadas. Uma vez adquirida a personalidade jurídica como registro de seus atos constitutivos, sociedade passa a ter existência distinta da de seus membros, sendo considerada uma pessoa, a quem a Lei atribui capacidade para adquirir e transmitir direitos. [...] Na hipótese de incorporação de ações, a assembleia geral da sociedade cujas ações serão incorporadas delibera, por maioria, realizar a operação. Trata-se de manifestação da vontade social, tendo em vista os interesses da sociedade e não os dos acionistas individualmente considerados. [...] Após a aprovação da operação de incorporação de ações

pela maioria na assembleia geral, a diretoria da companhia que terá suas ações incorporadas, ao subscrever o aumento do capital da sociedade incorporadora com ações dos acionistas, está executando a vontade social.[...] Como referido, o ato jurídico de subscrição não é praticado, portanto, pelos acionistas, mas pela diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas.

No caso, não ocorre uma integralização de capital pela pessoa física, tratando-se de operação levada a efeito pelas pessoas jurídicas envolvidas no processo de incorporação de ações. Outrossim, não se tem transferência, por ato de alienação, de bens da pessoa física para uma pessoa jurídica. Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei. Conforme a lição de Maria Helena Diniz (in Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º Volume, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª ed., p. 264, 2004), o termo subrogação advém do latim subrogatio, designando substituição de uma coisa por outra, com mesmos ônus e atributos, caso em que se tem a sub-rogação real. Nesse sentido, entendo que não há como se comparar, para fins de justificar a tributação, integralização de capital social por pessoa física com incorporação de ações entre pessoas jurídicas. Não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5º, inciso II, com o artigo 37 e com o artigo 150, inciso I, todos da Constituição Federal, ao que se soma o artigo 97, incisos I e III, e § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN, somente a lei pode instituir ou majorar tributos, bem como definir o fato gerador da obrigação tributária. É exclusividade de lei determinar a hipótese de incidência tributária e seus elementos quantitativos – base de cálculo e alíquota. Apenas a lei pode fixar as situações que, ocorridas no mundo fático, geram a obrigação de pagar tributo e o quantum debeat. Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes lições de Roque Antonio Carrazza: Portanto, o princípio da legalidade, no Direito Tributário, não exige, apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência de lei). Mais do que isto, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei. É o que se convencionou chamar reserva absoluta de lei formal (Alberto Xavier) ou de estrita legalidade (Geraldo Ataliba). Também a conduta da Fazenda Pública, ao cobrar um tributo (atividade tipicamente administrativa), deve vir disciplinada numa lei ordinária, que minudencie os casos e o modo como deve ser aplicada. Como se viu, todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são ‘elementos essenciais’ do tributo os que, de algum modo, influem no an e no quantum da obrigação tributária. (Curso de Direito Constitucional Tributário, 12. ed., Malheiros: 1999, p. 178-179) Ato contínuo, pretendeu a Autoridade Fiscal justificar a tributação por meio da aplicação do disposto na Lei n. 7713, de 22 de dezembro de 1988, que altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências: Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo

imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei. Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos. Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90) § 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados. § 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei. § 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins. § 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título. § 5º Ficam revogados todos os dispositivos legais concessivos de isenção ou exclusão, da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, de rendimentos e proventos de qualquer natureza, bem como os que autorizam redução do imposto por investimento de interesse econômico ou social. § 6º Ficam revogados todos os dispositivos legais que autorizam deduções cedulares ou abatimentos da renda bruta do contribuinte, para efeito de incidência do imposto de renda.

Resta claro que os arts. 1º e 2º tratam da hipótese que define incidência da ocorrência do fato gerador, que só ocorre, como definido em Lei, quando os rendimentos são percebidos por pessoas físicas. Além disso, define claramente, que o imposto será devido, pelas pessoas físicas, à medida em que os rendimentos e ganho de capital foram percebidos. É certo que a Constituição da República de 1988 outorgou competência tributária aos entes federativos por meio de regras compostas por expressões que denotam riqueza tributável (os “fatos-signos presuntivos de riqueza”, conforme expressão cunhada por Alfredo Augusto Becker). Dada a vaguidão e a ambiguidade dos vocábulos, é patente a dificuldade de se precisar, semanticamente, o que deve ser entendido por “renda e proventos de qualquer natureza”, “faturamento”, “receita”,

“salários”, dentre outros. O legislador constituinte se utilizou de conceitos fechados e determinados, que vinculam a atividade do legislador infraconstitucional, como forma de se garantir a segurança jurídica e a legalidade. Quis o legislador constituinte repartir, com rigidez e precisão, o espaço de tributação de cada ente federativo, evitando, desta forma, conflitos de competência. Se com a rígida discriminação de competências tributárias, vemos a todo o tempo situações de bitributação, certamente a adoção de tipos aumentaria, sobremaneira, as invasões de competência. Os conceitos constitucionais não poderão ser alterados pelo legislador infraconstitucional, a quem caberá, tão somente, defini-lo por meio de instrumento normativo próprio (a Lei Complementar prevista no artigo 146 da Lei Constitucional de 1988, que será objeto de análise em tópico próprio). Qualquer atuação que extrapole o conceito constitucional, implica reconhecimento do vício de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária. A regra prevista no inciso III do artigo 153 da Constituição da República de 1988, outorga competência à União para instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza”. Nesse diapasão, cumpre-nos construir o conceito constitucional de renda⁷, fixando as balizas constitucionais à atuação do legislador infraconstitucional. Em sua acepção de base, identificamos no vocábulo “renda” diversos significados que nos orientam neste trabalho de construção de sentido; dentre elas, destacamos: (i) produto anual ou mensal de propriedades rurais ou urbanas, de bens móveis ou imóveis, de benefícios, capitais em giro, empregos, inscrições, pensões etc.; produto, receita, rendimento; (ii) rendimento líquido depois de deduzidas as despesas materiais. (iii) totalidade dos rendimentos que entram num cofre geral. (iv) importância superior a determinado limite e estabelecida pelas leis fiscais como rendimento da atividade econômica do indivíduo⁸. Por sua vez, o vocábulo “provento” tem como acepção de base os significados de “ganho”, “lucro”, “proveito” ou “rendimento”. Trata-se de espécie do gênero, “renda”. Como se percebe, a acepção de base é insuficiente para que se conceitue juridicamente “renda e proventos de qualquer natureza”. Cumpre analisar a regra do artigo 153, III, com outras regras e princípios do Texto Constitucional. Não obstante, é decisivo apartar a palavra “renda” de outros vocábulos, que dela se aproximam ou, ao menos, tangenciam-na. Contudo, é importante distanciar “renda” de “faturamento”, “receita”, “patrimônio”, “capital”, “ganho”, “rendimentos” e “lucro”. “Faturamento” é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, da Constituição Federal de 1988 para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não podendo ser confundida com o vocábulo ora investigado. Faturamento consiste no ato ou efeito de faturar, isto é, extrair uma fatura relacionada à uma venda mercantil ou prestação de serviço, conforme disposto na Lei nº 5.474/68. Trata-se de conceito oriundo do direito privado incorporado pelo legislador constituinte. A riqueza tributável consiste na soma dos valores auferidos constantes nas faturas emitidas. Não se confunde, portanto, com “renda”. “Receita” também é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, do Diploma Constitucional, constituindo gênero do qual o “faturamento” é uma espécie. Na lição de Paulo de Barros Carvalho² : Receita é a entrada que,

integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vem acrescer seu vulto como elemento novo positivo. Assim, quando o particular vende determinado bem que lhe pertence, o dinheiro recebido é receita, uma vez que altera a situação patrimonial do vendedor. O emprego do vocábulo deixa clara a diferença existente entre “renda” e “receita”, conquanto a presença daquela pressuponha a existência desta. O legislador constituinte também diferencia “patrimônio” de “renda”. Isso fica nítido, por exemplo, pelo disposto no artigo 150, VI, a e c e os §§1º, 2º e 4º, do Texto Constitucional, em que são mencionados no mesmo enunciado, denotando conteúdo semântico diverso. Trata-se de conceito oriundo do direito privado, que designa o conjunto de bens e direitos de determinada pessoa, física ou jurídica (pública ou privada), estaticamente considerados.

Renda também não se confunde com “capital”, que é empregada pelo constituinte como espécie de investimento permanente. É quantia, pertencente ao patrimônio de um indivíduo, utilizada para produzir bens de capital (juros, correção monetária, lucro, dentre outros). “Ganho” e “rendimentos” consistem em entradas no patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, mas também não podem ser equiparadas à renda, visto que a Lei Maior de 1988 também as utiliza em acepção, muito similar ao de receita. “Lucro”, por fim, consiste no resultado positivo de uma determinada atividade econômica, obtida por uma pessoa física ou jurídica. O lucro é materialidade empregada pelo constituinte para fins de custeio da seguridade social por meio de contribuição (artigo 195, I, c). Para José Artur Lima Gonçalves³, trata-se de “noção parcial em relação à renda”. Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária. Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda– acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial. Nesse diapasão, parece-nos que o vocábulo renda só pode significar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, obtido após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo. O conceito em tela distingue-se

principalmente da noção de “patrimônio” (que é o conjunto estático de bens) e de “receita” (ingresso patrimonial), vez que sua configuração depende da dedução de determinadas saídas. Do contrário, ter-se-ia renda como sinônimo de receita. Posto isso, cabe analisar se a definição do conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” realizada pelo legislador nacional complementar, é compatível com a regra de competência do artigo 153, III, da Carta Magna de 1988. Coube à Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, a, da Constituição da República, definir os conceitos constitucionais, a fim de delimitar e balizar o legislador ordinário na expedição da regra-matriz de incidência dos tributos de sua competência. O legislador complementar, portanto, deve se ater ao conceito constitucional de renda, sem prejuízo das demais limitações formais e materiais ao poder de tributar previstas na Carta Magna de 1988. Nesse diapasão, o legislador complementar definiu o conceito de renda, conforme o artigo 43, I e II, do CTN – Código Tributário Nacional: Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. A definição do legislador complementar coaduna-se com o conceito constitucional de renda construído, razão pela qual inexistente incompatibilidade vertical. O legislador ordinário poderá eleger como hipótese de incidência do tributo em análise a conduta pela qual o contribuinte auferir um acréscimo patrimonial em caráter definitivo, seja ele enquadrado na definição de renda (definida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) ou de proventos de qualquer natureza (todo e qualquer acréscimo que não advinha do capital ou do trabalho, tais como alugueis, royalties, dentre outros). A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade – econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste capacidade econômica para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo. Definir se a incorporação de ações enseja ganho de capital aos acionistas, pessoas físicas da empresa incorporada, exige domínio do conceito constitucional de renda, da sua definição à luz do Código Tributário Nacional e se há subsunção deste evento, ou não, ao critério material da hipótese de incidência da norma tributária. Ademais, é decisivo saber se esta operação societária equipara-se à alienação de bens ou direitos por meio de subscrição de ações, conforme disposto no §3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88. De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma

de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário. Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens.

A incorporação tem como um de seus efeitos a transformação da sociedade incorporada em sua subsidiária integral – e não a sua extinção, como ocorre com a incorporação tradicional – da qual a incorporadora passa a ser a única acionista. Ato contínuo, a incorporadora emite ações em seu nome, para substituir aquelas que foram incorporadas, cujo valor pode ser idêntico, inferior ou superior ao valor de custo. Daí o caráter de permuta: o acionista entrega a sua participação societária, e recebe em troca novas ações, agora da empresa incorporadora. Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda. Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável. Desta forma, ainda que se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações (dos acionistas da incorporada à incorporadora), não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis acima mencionadas. Assim, inexistente qualquer ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda quando ocorre a denominada incorporação de ações. A situação descrita não se amolda ao critério material da norma tributária. Não há efetivo acréscimo patrimonial, mas mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações. Por conseguinte, exigir o tributo da pessoa física, nestas situações, não só afronta o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza” - porquanto tributa-se patrimônio e não renda - como também viola o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Lei Constitucional

de 1988, vez que o contribuinte não manifesta qualquer riqueza passível de tributável) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma, vez que se exige exação sem respaldo em lei ou na própria Carta Magna).

A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações: a) o contribuinte que consta da autuação - pessoa física - percebeu/recebeu algo em operação? Entendo que não, pois não houve a venda de ações. Não houve realização monetária neste momento; b) Ocorreu integralização de capital por pessoa física, sujeita a tributação pela Lei 9.249? Entendo que não, pois houve incorporação de ações, entre pessoas jurídicas, instituto jurídico definido em lei, diverso da integralização de ações;

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

...

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

Outrossim, conheço e dou provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

Patrícia da Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa - Redator designado

Divergi da Relatora quanto ao mérito, tanto em relação ao recurso da Procuradoria quanto ao recurso do Contribuinte, pelas razões que passo a expor.

Sobre o recurso da Procuradoria, a matéria em litígio é a validade ou não do procedimento da empresa P8 PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA da qual o contribuinte é sócio, glosado pela Autoridade Fiscal, que apurou lucro presumido com base em receitas reconhecidas com base o regime de caixa, e distribuiu esses lucros ao ora recorrente, que os declarou como rendimentos isentos. O que fez a autoridade lançadora, em síntese, foi tributar o lucro excedente ao lucro presumido.

Conforme descrito no Relatório Fiscal, o contribuinte informou rendimentos isentos percebidos a título de lucros da empresa P8 PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA em montante de R\$ 4.605.000,00 no ano-calendário de 2009. A autoridade fiscal reclassificou como tributáveis o valor de R\$ 3.352.546,07. O lucro distribuído, de R\$ 4.605.000,00 tiveram

origem na reversão de patrimônio ocorrida na empresa ARGUS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que era optante pelo lucro presumido no período de 2004 a 2010, e tinha seu patrimônio representado por ativos a receber da atividade imobiliária. O seguinte trecho do Relatório Fiscal mostra os fundamentos da autuação:

100. Conforme esta resposta da ARGUS, a opção da empresa foi pela tributação como lucro presumido, e regime de reconhecimento de receitas pelo fluxo de caixa. Mas apenas para fins de tributação. O que a empresa denominou "contabilidade societária" foi realizada no regime de competência, segundo informado, e daí se realizaram o Balanço Patrimonial e a DRE, com a consequente geração de lucros em montantes superiores ao que se apuraria pelo regime de caixa. A cisão transferiu parte desses lucros à P8 e esta distribuiu ao sócio FRANCISCO com isenção.

101. Tome-se, a título amostral, as receitas oferecidas à tributação pela ARGUS no ano-calendário 2010, no montante de R\$ 5.635.236,08 (cinco milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, duzentos e trinta e seis reais, e oito centavos), segundo DIPJ Ficha 14A, consideradas receitas brutas tributadas a 8% de R\$ 5.227.454,59, receitas brutas tributadas a 32% de R\$ 353.955,57, e demais receitas e ganhos capital de R\$ 53.825,92. Entretanto, as receitas que geraram seus lucros ditos contábeis ou societários totalizaram no mesmo ano R\$ 40.378.450,42 (quarenta milhões, trezentos e setenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta reais, e quarenta e dois centavos) segundo DRE à folha 389 de seu Livro Diário n. 11, consideradas as rubricas de vendas de lotes em R\$ 30.609.290,42, receitas financeiras em R\$ 9.346.814,49, e outras receitas em R\$ 422.426,51.

102. Expressivas as diferenças. Expressivos os lucros gerados por resultados não oferecidos à tributação por conta da adoção de regime de competência para distribuição de lucros e regime de caixa para tributação.

Como se vê, o que a empresa ARGUS fez foi adotar dois regimes contábeis paralelos, um, de caixa, pelo qual apurou o resultado da empresa, e outro de competência, pelo qual apurou o lucro a distribuir. Em seguida, o patrimônio a empresa ARGUS foi revertida para a empresa V8 e com essa reversão vieram lucros a distribuir, apurados, conforme acima descrito, os quais foram efetivamente distribuídos. O que se discute, portanto, é a validade desse procedimento, consistente na adoção simultânea de dois regimes contábeis, competência e de caixa.

Entendeu a Relatora pela regularidade do procedimento do contribuinte com base, em síntese, nos fundamentos do acórdão recorrido. E aí a minha divergência. O fundamento do acórdão recorrido, em síntese, é o de que a empresa poderia livremente optar pela apuração dos lucros com base no regime de caixa ou do regime de competência, e que a legislação autorizaria a adoção dos dois regimes. como fez a empresa neste caso. Não autoriza. Pelo contrário. A possibilidade de a empresa realizar registros contábeis paralelos e apurar resultados diferentes com base em um e outro afigura-se algo inaceitável do ponto vista legal.

Vejamos o que diz a Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, que detalha o disposto o art. 10 da Lei nº 9.249, sobre o regime de apuração dos lucros:

Art. 48. Não estão sujeitos ao imposto de renda os lucros e dividendos pagos ou creditados a sócios, acionistas ou titular de empresa individual.

§ 1º O disposto neste artigo abrange inclusive os lucros e dividendos atribuídos a sócios ou acionistas residentes ou domiciliados no exterior.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, poderá ser distribuído, sem incidência de imposto:

I o valor da base de cálculo do imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita a pessoa jurídica;

II a parcela de lucros ou dividendos excedentes ao valor determinado no item I, desde que a empresa demonstre, através de escrituração contábil feita com observância da lei comercial, que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado, ou seja, o lucro presumido ou arbitrado.

§ 3º A parcela dos rendimentos pagos ou creditados a sócio ou acionista ou ao titular da pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a título de lucros ou dividendos distribuídos, ainda que por conta de período-base não encerrado, que exceder ao valor apurado com base na escrituração, será imputada aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto de renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais.

§ 4º Inexistindo lucros acumulados ou reservas de lucros em montante suficiente, a parcela excedente será submetida à tributação nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713, de 1988, com base na tabela progressiva a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.250, de 1995.

§ 5º A isenção de que trata o "caput" não abrange os valores pagos a outro título, tais como "pro labore", aluguéis e serviços prestados.

§ 6º A isenção de que trata este artigo somente se aplica em relação aos lucros e dividendos distribuídos por conta de lucros apurados no encerramento de período-base ocorrido a partir do mês de janeiro de 1996.

§ 7º O disposto no § 3º não abrange a distribuição do lucro presumido ou arbitrado conforme o inciso I do § 2º, após o encerramento do trimestre correspondente.

§ 8º Ressalvado o disposto no inciso I do § 2º, a distribuição de rendimentos a título de lucros ou dividendos que não tenham sido apurados em balanço sujeita-se à incidência do imposto de renda na forma prevista no § 4º."

Por sua vez, sabe-se que a partir da Instrução Normativa, nº 104, de 1.998 as pessoas jurídica poderiam optar por reconhecer suas receitas com base no regime de caixa. Confira-se;

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições e tendo em vista as disposições do parágrafo único do artigo 10 da Lei Complementar No 70, de 30 de dezembro de 1991, do artigo 44, do parágrafo único do art. 45 e do artigo 57 da Lei No 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a nova redação dada pelo art. 1o da Lei No 9.065, de 20 de junho de 1995, e do artigo 3o da Medida Provisória No 1.676-35, de 29 de julho de 1998, resolve:

Art. 1o A pessoa jurídica, optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, que adotar o critério de reconhecimento de suas receitas de venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços com pagamento a prazo ou em parcelas na medida do recebimento e mantiver a escrituração do livro Caixa, deverá:

I - emitir a nota fiscal quando da entrega do bem ou direito ou da conclusão do serviço;

II - indicar, no livro Caixa, em registro individual, a nota fiscal a que corresponder cada recebimento.

§ 1o Na hipótese deste artigo, a pessoa jurídica que mantiver escrituração contábil, na forma da legislação comercial, deverá controlar os recebimentos de suas receitas em conta específica, na qual, em cada lançamento, será indicada a nota fiscal a que corresponder o recebimento.

§ 2o Os valores recebidos adiantadamente, por conta de venda de bens ou direitos ou da prestação de serviços, serão computados como receita do mês em que se der o faturamento, a entrega do bem ou do direito ou a conclusão dos serviços, o que primeiro ocorrer.

§ 3o Na hipótese deste artigo, os valores recebidos, a qualquer título, do adquirente do bem ou direito ou do contratante dos serviços serão considerados como recebimento do preço ou de parte deste, até o seu limite.

§ 4o O cômputo da receita em período de apuração posterior ao do recebimento sujeitará a pessoa jurídica ao pagamento do imposto e das contribuições com o acréscimo de juros de mora e de multa, de mora ou de ofício, conforme o caso, calculados na forma da legislação vigente.

Art. 2o O disposto neste artigo aplica-se, também, à determinação das bases de cálculo da contribuição PIS/PASEP, da contribuição para a seguridade social - COFINS, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e para os optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

O que dizem essas normas, em síntese, é que a empresa pode distribuir lucros além do lucro presumido, com isenção, desde que demonstre a existência desse lucro com base na escrituração contábil. Diz ainda, que a empresa pode optar por apurar o lucro valendo-se do regime de competência ou do regime de caixa. O que a lei não diz, e nem precisava dizer, pois é o óbvio, é que a empresa não pode utilizar o regime de caixa para apurar o lucro tributável da pessoa jurídica, o que deixaria de fora receitas referentes a operações de venda à prazo, comuns no caso de operações imobiliárias, e o regime de competência para apurar o lucro a distribuir.

Aliás, a hipótese de utilização simultânea dos dois regimes de reconhecimento de receitas é teratológico, pois significaria que a empresa deveria manter dois livros-caixa, dois livros razão, realizar dois balanços, um para cada situação. Isso a norma não autoriza. Ao contrário. O que a norma diz é que a empresa tributada pelo lucro presumido pode adotar o regime de caixa, no reconhecimento de suas receitas e despesas. Registradas as receitas, pelo regime de caixa, apura-se o lucro presumido, mas se o confronto dessas receitas – escrituradas com base no regime de caixa – com as despesas, enfim, o lucro contábil, for maior, poderá distribuir a diferença também com isenção.

Note-se que não está em discussão o direito à isenção, mas a definição do valor que pode ser distribuído com isenção. E essa definição é clara: ou é o lucro presumido ou o lucro contábil, se este for maior. O que se discute é a possibilidade de se adotar critérios de apuração distintos para os lucros a serem tributados pela pessoa jurídica e os lucros a serem distribuídos.

Falar em lucros ou dividendos excedentes ao lucro presumido, como referido no inciso II, do § 2º, do art. 48, da Instrução Normativa nº 93, de 1.997, só tem sentido se são comparadas lucros apurados com base na mesma escrituração, uma com base na presunção, outra com base na escrituração. Fora disso, entra-se no campo do absurdo.

Destaco, também, por pertinente, a observação feita no Voto Vencido do Acórdão Recorrido de que a Instrução Normativa que previu a possibilidade de adoção do regime de caixa no lucro presumido é posterior à Instrução Normativa SRF nº 93, de 24/12/1997. Vejamos:

Observe-se que a Instrução Normativa que previu a possibilidade de adoção do regime de caixa no lucro presumido é posterior à Instrução Normativa SRF nº 93, de 24/12/1997. Assim, é certo que, quando a Instrução Normativa nº 93 estabeleceu que para distribuição de lucros em montante superior ao lucro presumido bastaria que o lucro distribuído fosse apurado em escrituração contábil feita de acordo com a lei comercial, o que se tinha em mente era que a comparação sempre seria feita entre o lucro contábil e o lucro presumido apurados com base no regime de competência, haja vista que esse era o único regime existente naquela época.

Prova disso é o fato de que a própria Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, em seu artigo 36, § 2º, previa expressamente que o lucro presumido deveria ser determinado pelo regime de competência, sem exceções. Veja-se:

“Art. 36. O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

...

§ 2º O lucro presumido será determinado pelo regime de competência.”

Portanto, com o advento da Instrução Normativa SRF nº 104, de 1998, a disposição contida no inciso II do § 2º do artigo 48 da Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997, perdeu o sentido, ou no mínimo deve ser olhada com muita cautela, para os casos em que a empresa optante pelo lucro presumido adote o critério de reconhecimento de suas receitas de venda de bens ou direitos com pagamento a prazo ou em parcelas na medida do recebimento (regime de caixa).

Por fim, é relevante destacar o fato de que a empresa, embora tenha adotado o regime de caixa para apuração do lucro presumido, não observou a exigência do §1º do art. 1º da Instrução Normativa nº 104, de 1998, e do art. 85 da Instrução Normativa SRF nº 247, de 2002, de manter contas específicas em sua contabilidade para controlar os valores efetivamente recebidos. fato esse apontado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal. Vejamos:

“121. O fato de utilizar-se ora o regime de caixa, ora o de competência, à medida do que se apresenta mais favorável à empresa no momento ou situação, traz ainda outras implicações. A pessoa jurídica optante pelo regime de tributação do Imposto de Renda com base no lucro presumido, e que tenha adotado regime de caixa, deve observar as regras de controle e escrituração nos termos do art. 85 da IN/SRF n. 247, de 2002, especialmente seu §1º:

[...]

122. Verifica-se que, o fato da empresa manter escrituração contábil, na forma da legislação comercial, não a autoriza a distribuir seus lucros assim apurados com isenção, mas sim a segregar seus recebimentos pelo regime de caixa em conta específica, para fins de determinação exatamente desse eventual lucro passível de isenção na distribuição.

123. A empresa foi então intimada mediante TDF 033/2012, em seu item 04, a comprovar o atendimento §1º do art. 85 da IN/SRF n. 247, de 2002, demonstrando a apuração de seu lucro pelo regime de caixa, com base em sua escrituração contábil apresentada. Como resposta, simplesmente alega que “... a empresa atende a todas as exigências compreendidas no conteúdo do art. 85 da IN/SRF n. 247 de 2002, especialmente em seu §1º.”

124. Em fato, não se observam nos Livros Diário e Razão apresentados, contas específicas nas quais sejam controlados os efetivos recebimentos de suas receitas, face o respectivo documento fiscal. A contabilidade está sim, estruturada apenas para as contas versadas ao regime de competência, não se prestando, portanto, a demonstrar que seu lucro efetivo é

superior ao seu lucro presumido. Isto porque tal escrituração foi realizada exclusivamente com base no regime de competência, e seu lucro presumido foi apurado com base no regime de caixa. Critérios distintos, alternativos, não simultâneos, não passíveis de serem comparados para o fim de avaliação do lucro a ser distribuído com isenção.”

Vale dizer, além de valer-se de artifício para gerar lucro a distribuir com isenção maior do que poderia, a empresa sequer observou as normas no caso da opção pelo reconhecimento de receitas e despesas pelo regime de caixa.

Ante o exposto, concluo pela procedência do Recurso da Fazenda Nacional.

Quanto ao Recurso Especial do contribuinte, o que se discute é se a incorporação de ações configura alienação para fins de incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital. O lançamento considerou que sim, ensejando o lançamento de ofício para exigência do ganho de capital que não foi apurado e pago. Entendeu o Acórdão Recorrido pelo acerto do lançamento, e é contra isso que se insurge o Recorrente.

Para maior clareza, convém transcrever alguns trechos do Relatório Fiscal que descrevem a operação e os fundamentos da autuação:

187. O contribuinte alega, portanto, ter havido uma mera substituição de ações da EVORA por ações da CSD. Ou seja, FRANCISCO cede o total das ações da EVORA, todas de sua titularidade, à CSD, tornando-se aquela uma subsidiária integral desta. Em contrapartida, ou como se alega, “em substituição às ações cedidas”, a CSD entrega a FRANCISCO novas ações da companhia, integralizadas com as ações da EVORA cedidas. Tal operação ocorreu em fevereiro de 2010. Em momento posterior, julho de 2010, a CSD realiza a incorporação da EVORA, com a conseqüente extinção da empresa incorporada.

[...]

190. Segundo descrito tanto por FRANCISCO quanto pela empresa CSD, face os documentos apresentados, tem-se que a operação realizada se caracteriza como uma incorporação de ações.

191. Essa operação é uma maneira de se transformar uma sociedade por ações em subsidiária integral de outra sociedade por ações, convertendo-a em sociedade de um único sócio.

192. Nos termos do § 2o. do copiado art. 251, a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral de outra companhia brasileira, deve ser feita observando-se o previsto no art. 252 da mesma Lei n. 6.404, de 1976:

[...]

194. Resta claro que a incorporação de ações não se confunde com o instituto da incorporação de companhias. Em que pese a similaridade das denominações, os institutos produzem consequências jurídicas distintas e particulares, dentre as quais destacam-se os efeitos sobre o patrimônio das empresas: na

incorporação de sociedades, o patrimônio da sociedade incorporada passa a integrar o patrimônio da sociedade incorporadora, ao passo que, na incorporação de ações, não há extinção da empresa. Na incorporação de ações muda-se a composição societária da subsidiária integral, mas sua personalidade jurídica, seus direitos e deveres e seu patrimônio mantêm-se intactos.

195. Trata-se de operação que propicia a concentração empresarial sem que se tenha de negociar a aquisição de participações societárias com cada um dos sócios. Realiza-se sob a condição de observar rito peculiar. Por subverter as regras usuais de integralização de capital e de alienação de ações, a incorporação de ações exige a manifestação de ambas as sociedades, que deliberam sobre a operação em respectivas Assembleias-Gerais. Para os sócios que deliberam pelo aumento de capital, a decisão implica perda do direito de preferência na integralização; para os sócios que integralizam capital com suas ações, a decisão majoritária de autorizar a diretoria a transferi-las implica a necessidade de cada um optar entre aderir à vontade social ou exercer seu direito de retirada. Os sócios perdem o poder de fixar o preço de suas ações individualmente, mas não são vítimas de negociação feita à sua revelia. O ingresso em uma sociedade acarreta a aceitação das regras vigentes que a regem, o que pressupõe acatar as decisões societárias regulares, tanto as dos seus administradores, no uso dos seus poderes de representação, como as resultantes de deliberação de sócios votantes em assembléias, as quais indubitavelmente influenciam no valor das ações.

[...]

197. Para o caso concreto sob análise, a incorporada EVORA se constituía à época como sociedade unipessoal, sendo FRANCISCO seu único sócio. Sua vontade pessoal, majoritária pois que única na sociedade EVORA, se confunde com a própria deliberação da sociedade, embora pessoas distintas. Não se pode, assim, sequer aventar que a operação se realizou à margem da vontade de FRANCISCO, pois que este votou na AG, aprovou o Laudo de Avaliação, a Justificação da Incorporação, a incorporação das ações pela CSD, entregou suas ações da EVORA e recebeu as ações da CSD. Na incorporadora CSD, passou a ser o acionista majoritário, com 49,9977% das ações. Eventualmente somadas sua participação à de sua mãe Deolinda Brioli Nogaroli, com 0,0023% das ações, lhes daria deter 50,00% do capital. Portanto, difícil sustentar-se uma eventual tese de que a incorporação das ações foi realizada à revelia de vontade dos sócios, fruto apenas de negociação ocorrida entre empresas.

198. Do instituto da incorporação de ações acima descrito, tem-se claro que a operação realizada não pode ser entendida à luz de uma mera substituição sem efeitos tributários, de ações da CSD (à época denominada Companhia Sul-americana de Comercialização CSC), por ações da EVORA e do então

Supermercados Cidade Canção (SCC). Isto porque a relação de troca utilizada baseou-se no valor econômico das empresas cujas ações foram cedidas (ou valor de mercado, conforme citado na resposta do FRANCISCO ao TIF 017/2012).

199. De fato, e analisando-se especificamente a parcela relativa a FRANCISCO, a CSD emitiu 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações ao preço unitário de R\$ 1,00 (um real), as quais foram integralizadas com 6.626.000 (seis milhões, seiscentos e vinte e seis mil) ações da EVORA, avaliadas, aceitas e recebidas pela CSD ao preço unitário aproximado de R\$ 16,73 (dezesseis reais, e setenta e três centavos) por ação. O beneficiário desta operação foi FRANCISCO, ora fiscalizado, pois que cedente da titularidade das ações da EVORA, e recebedor da parcela de 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações da CSD.

200. Destaca-se que o valor unitário de cada ação da EVORA em R\$ 16,73 (dezesseis reais, e setenta e três centavos) utilizada na integralização das ações recebidas ou subscritas na CSD (valor esse aceito pelas partes como valor econômico, ou valor de mercado da empresa EVORA), era superior ao valor patrimonial das mesmas ações, apurado pela empresa de consultoria contratada em R\$ 1,58 (um real e cinquenta e oito centavos) por ação. Essa diferença gerou um ágio na aquisição dessas ações, contabilizado pela CSD, com possibilidade de amortização nos termos da legislação aplicável, e redução dos efetivos tributos federais a serem eventualmente apurados.

[...]

202. Portanto, contabilizando e apropriando-se do ágio, a empresa CSD considerou-se efetivamente onerada no valor de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais), relativamente às ações da EVORA.

203. Em movimento seguinte, FRANCISCO utiliza esse montante de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais) representativo das ações recebidas da CSD para, acrescido a R\$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais) em moeda corrente, integralizar à vista 111.072,657 (cento e onze mil, setenta e duas, seiscentos e cinquenta e sete milésimos) quotas do Fundo de Investimento em Participações DVA CNPJ 09.172.825/000168 (doravante FUNDO DVA), administrado pelo Banco Modal S.A. CNPJ 30.723.886/000162, com sede na cidade do Rio de Janeiro. Nos termos do Boletim de Subscrição de Cotas n. 01, apresentado por FRANCISCO e confirmado pelo Banco MODAL, o valor unitário de cada quota se fazia em R\$ 1.000,00 (um mil reais), totalizando um patrimônio em quotas, de titularidade de FRANCISCO, em R\$ 111.072.657,00 (cento e onze milhões, setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais).

204. O mesmo FRANCISCO, em sua DAA ano-calendário 2010, quadro Declaração de Bens e Diretos, informa possuir “COTAS

NO FIP DVA CNPJ 09.172.825/000168”, situação em 31/12/2009 R\$ 0,00 e situação em 31/12/2010 R\$ 111.072.657,00 (cento e onze milhões, setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais).

205. Adicionalmente, tem-se o Livro Registro de Ações Nominativas n. 01 da CSD, consignando que FRANCISCO integralizou em 26/02/2010 quantidade de 110.857.657 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete) ações da CSD ao valor realizado de R\$ 110.857.657,00 (cento e dez milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e sete reais). Consta ainda, no mesmo Livro, à mesma data 26/02/2010, transferência do total dessas ações de FRANCISCO com aquisição por parte do FUNDO DVA.”

O que o Relatório Fiscal descreve é uma operação por meio da qual o Contribuinte integraliza capital na empresa CSD mediante a entrega de ações da Évora, da qual era o único dono. Pois bem, entendeu o Recorrido, corroborando o entendimento que lastreou a autuação, que essa operação caracteriza alienação pra fins de apuração do Imposto sobre Ganho de Capital.

Penso da mesma Forma. O art. 3º, da Lei nº 7.713, de 1.988, assim dispõe sobre a incidência do imposto sobre ganho de capital:

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.”

A legislação tributária refere-se a alienação em sentido *lato*, a qualquer título, de bens ou direitos, de cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição.

E é esse o caso da incorporação de ações, como neste caso. Aqui facilmente se entende que a incorporação de ações da empresa Évora, de titularidade inicial do Recorrente, pela empresa CSD, foi uma alienação, sujeita, portanto, sendo este o caso, a imposto sobre o ganho de capital. As ações que antes pertenciam ao ora contribuinte passaram a pertencer à empresa CSD.

Por sua vez, o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1.995 assim dispõe:

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.

No presente caso, como se viu, a integralização das ações da Évora se deu com ágio, incidindo, portanto, a regra do § 2º, acima reproduzido. A alegação do contribuinte de que o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995 não se aplica ao caso não procede. A pretensão do contribuinte é a de que teria havido uma espécie de permuta, entre as ações da Évora e as ações da CSD. Mas não é esse o caso. As ações da CSD que o contribuinte recebeu não existiam previamente; foram criadas com o aumento de capital. O que houve de fato foi um aumento de capital, seguido de sua integralização, mediante incorporação de ações, típico caso de alienação.

Foi esse o entendimento esposado pelo Acórdão Recorrido ao qual me filio integralmente.

Ante o exposto, conheço dos recursos interpostos pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, e no mérito, dou provimento a este e nego provimento àquele.

Assinado digitalmente

Pedro Paulo Pereira Barbosa