



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10950.723817/2013-05
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-006.077 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2020
Recorrente PAULO SERGIO CARDOSO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 26/02/2010

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar em nulidade, uma vez que o lançamento foi levado a efeito por autoridade competente, tendo sido concedido ao (à) contribuinte amplo direito à defesa e ao contraditório, mediante a oportunidade de apresentar, no curso da ação fiscal e na impugnação, provas capazes de refutar os pressupostos em que se baseou o lançamento de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Data do fato gerador: 26/02/2010

GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

No caso em análise o próprio Recorrente reconhece o ganho de capital em sua Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF) oriundo de uma incorporação de ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Martin da Silva Gesto, que deu provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Juliano Fernandes Ayres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

O caso, ora em revisão, refere-se a Recurso Voluntário, com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, interposto pelo Recorrente, devidamente qualificado nos autos, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância, consubstanciada no Acórdão n.º 09-64.584, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora – Minas Gerais (MG) (DRJ/JFA), que, por unanimidade de votos, julgo improcedente à impugnação, cujo acórdão restou assim ementado:

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

Data do fato gerador: 26/02/2010

GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo e, assim sendo, enseja apuração de ganho de capital na hipótese da transferência dar-se a valor de mercado, se este for superior ao custo de aquisição.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 26/02/2010 NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar em nulidade, uma vez que o lançamento foi levado a efeito por autoridade competente, tendo sido concedido ao (à) contribuinte amplo direito à defesa e ao contraditório, mediante a oportunidade de apresentar, no curso da ação fiscal e na impugnação, provas capazes de refutar os pressupostos em que se baseou o lançamento de ofício.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)”

Da Fiscalização

A Fiscalização se iniciou com a cientificação pelo Recorrente, em 02 de abril de 2013, do Termo de Início de Procedimento Fiscal (e-fls. 2 a 4), por meio do qual a Delegacia da Receita Federal de Maringá solicitou ao Recorrente, no prazo de 20 dias, a apresentação de vários documentos referentes às informações constantes em suas Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPFs), relativas aos anos-calendário de 2009 e 2010, respectivamente exercícios de 2010 e 2011.

Também, foram lavrados pela mesma delegacia da Receita Federal os Termos de Intimação Fiscal – Diligência (e-fls. 07 a 10), solicitando à empresa GMC Administração e Participações S/A, CNPJ nº 08.486.050/0001-32, empresa da qual o Recorrente é sócio, vários documentos, entre outros: termo de constituição da sociedade; respectivas alterações societárias dos últimos 5 anos; demonstrativo devidamente assinado pelo (a) representante legal, evidenciando nos anos calendário de 2009 e 2010 a composição do quadro social da diligenciada; identificando cada sócio (a), o período em que permaneceu nessa condição e sua participação percentual na empresa; Livros Diários devidamente registrados na JCPARANÁ e seus respectivos Livros Razão, relativos aos anos calendário de 2008, 2009 e 2010, acompanhados do(s) plano(s) de contas; Razão da conta Lucros Acumulados em 31.12.2008; Balanços Patrimoniais, anos calendário de 2009 e 2010; Balancetes evidenciando a efetiva distribuição de rendimentos isentos/não tributáveis; demonstração completa dos Lucros ou

Prejuízos Acumulados, devidamente assinada, relativa aos anos calendário de 2009 e 2010, evidenciando todas as destinações.

Após análise de vasta documentação apresentada pelo Recorrente e pela empresa GMC Administração e Participação S/A e da confrontação deste documentos com as informações constantes das DIRPFs do Recorrente, os agentes fiscalizadores lavraram o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 303 a 319), por meio do qual descrevem que identificaram uma operação de incorporação de ações, ocorrida em fevereiro de 2010, que o contribuinte teria tido um ganho de capital no valor de R\$ 27.962.702,00 (vinte cento e quatro milhões, duzentos e trinta e um mil, seiscentos e cinquenta e sete reais), porém sem o devido recolhimento do Imposto de Renda incidente sobre ganho de capital.

Neste ponto, nos cabe transcrever parte do Termo de Verificação Fiscal que relata a operação de incorporação de ações com base nas informações prestadas pelo Recorrente em suas respostas ao Termo de Início de Procedimento Fiscal:

“(…)

2.1)- O valor lançado na DIRPF do ano calendário 2010, como Rendimentos Sujeitos a Tributação Exclusiva/Definitiva no valor de R\$ 27.962.702,00 refere-se à troca de ações ocorrida na data de 26-02-2010 por substituição de ações do Supermercados Cidade Canção S.A CNPJ/MF nº 77.456.812/0003-32 "SCC" por ações da Companhia Sulamericana de Comercialização CNPJ/MF nº 11.517.841/0001-97 (hoje Companhia Sulamericana de Distribuição — "CSD") em deliberação pela 1ª Assembleia Geral Extraordinária, órgão deliberativo da empresa que decidiu pela incorporação de ações nos termos do art. 252 da Lei 6.404/76 e a conversão do Supermercados Cidade Canção S. A em subsidiária/integral "CSD", tal decisão ocorreu por maioria de votos (contra a vontade de parte do capital social) (ANEXO VII).

2.2)- PAULO SÉRGIO CARDOSO, um dos acionistas do "SCC" detinha uma participação societária na empresa "SCC" no valor de R\$ 306.000,00 representando 306.000 ações ordinárias nominativas (representando 25,5% de participação no capital social de R\$ 1.200.000,00 (ANEXO VIII).

2.3)- Em 26-02.2010 por deliberação do órgão deliberativo máximo da pessoa jurídica "SCC", a Assembleia Geral, por meio da 1ª AGE (ANEXO VII), foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Incorporação de ações (ANEXO IX) efetuando a troca de 1.200.000 ações ordinárias nominativas da sociedade por R\$ 110.857.657 ações nominativas ordinárias da "CSD", fato que também passou pelo crivo deliberativo da 1ª AGE da "CSD" (ANEXO X) sociedade incorporadora de ações da "SCC". Todo o processo fundamentado através nos termos dos art. 252, 224 e 225 da Lei 6.404/76. Para determinação do valor e da relação de substituição das ações de "SCC" por ações da "CSD", foi aprovado na mesma 1ª AGE os Laudos de Avaliação Contábil (ANEXO XI) e o Laudo de Valor Econômico (ANEXO XII).

2.4)- Neste processo, com a aprovação da substituição total das ações de "SCC" por ações da emissão da empresa incorporadora "CSD", tornou-se assim "SCC" subsidiária integral da "CSD", nos termos do art. 252 da Lei 6.404/76.

2.5)- Sendo 25.5%, que representava a participação do sócio PAULO SÉRGIO CARDOSO, ou seja, a substituição de 306.000 ações ordinárias nominativas do "SCC" por 28.268.702 ações ordinárias nominativas de emissão da "CSD", respondendo a questão do item 04, deste Termo de Início de Procedimento Fiscal, **não houve recebimento pela contribuinte de qualquer valor de diferença na substituição de ações.**

2.6)- Informa ainda que foi devidamente declarada a operação através da DIRPF no campo "Outros rendimentos" = "DIFERENÇA NA SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES SCC /CSD" — Rendimentos sujeitos a tributação exclusiva/definitiva.

(...)

- *Que as ações que possuía na empresa Supermercados Cidade Canção S. A em 31-12-2009, era no valor de R\$ 306.000,00, passou a ser a 0,00 na data de 26-02-2010, por meio da substituição das ações no processo de incorporação de ações nos termos da resposta do item 04 deste Termo de Início de Procedimento Fiscal.*

Esclarece ainda que nesta operação não houve qualquer alienação, o que houve foi uma operação societária entre partes independentes que visou um reposicionamento estratégico como forma de proteção à concentração do setor de varejo brasileiro por grandes organizações internacionais.

(...)

- *Não houve a aquisição de cotas do FIP MMC, o montante de R\$ 28.323.527,00 é representado por 28.323.527 cotas do FIP MMC. Estas quotas são originárias da integralização em moeda corrente do montante de R\$ 54.825,00, e da subscrição de 28.268.702 ações da Companhia Sulamericana de Distribuição, inscrita no CNPJ/MF n.º 11.517.841/0001-97. Assevera ainda o intimado que tudo conforme Boletim de Subscrição de Cotas n.º 3 do Fundo de investimento em Participações MMC e demais documentos da constituição do FIP MMC (ANEXO(XIV)) e esclarece que não houve.*

(...)

Do Lançamento e da Impugnação

O relatório constante no Acórdão da DRJ/JFA (e-fls. 560 a 571) sumariza muito bem todos os pontos relevantes do lançamento tributário e do alegado na Impugnação pelo ora Recorrente, por essa razão peço vênia para transcrevê-lo:

“(...)

Relatório

A ação fiscal desenvolvida junto a Paulo Sérgio Cardoso resultou no Auto de Infração de fls. 321 a 330, exigindo R\$ 4.194.405,30 de imposto, R\$ 3.145.803,97 de multa proporcional (passível de redução) e R\$ 1.233.994,03 de juros de mora (calculados até 31/05/2013), tendo em vista a constatação de omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em Reais:

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa(%)
28/02/2010	R\$ 27.962.702,00	75,00

O procedimento fiscal encontra-se minudenciado no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 303 a 319.

Cientificado do lançamento, o autuado, através de seu representante legal (vide docs. fls. 384/385), apresentou a impugnação de fls. 341 a 382, bem espelhada pelas solicitações dispostas no tópico "III - Dos Pedidos":

"Diante de todo o exposto, e de toda a sensatez que se espera destes Prudentes Julgadores, requer dignem-se Vossas Senhorias em receber, conhecer da presente impugnação ao auto de infração e julgá-la totalmente procedente para o especial fim de:

Preliminarmente:

i) Conhecer da nulidade arguida no item "II" desta impugnação ao auto de infração e determinar a anulação do auto de infração por cerceamento do direito de defesa;

No mérito, julgue procedente esta impugnação ao auto de infração para determinar o cancelamento do auto de infração, haja vista que:

ii) Não há fundamentação legal para exigir imposto de renda de pessoa física acionistas de companhia que se torna subsidiária integral de outra, nos termos do art. 251 da Lei n.º 6.404/76, já que o art. 23 da Lei n.º 9.249/95 não se aplica ao caso;

iii) A operação societária prevista no art. 252 da Lei n.º 6.404/76 não representa qualquer forma de alienação das ações por parte dos acionistas, prevista na legislação brasileira, motivo pelo qual não é possível auferir um ganho de capital passível de incidência de imposto de renda;

iv) A avaliação realizada nos termos do art. 8º da Lei n.º 6.404/76, para fins de integralização de ações na forma do art. 252, caput do mesmo diploma, não possui o condão de auferir eventual ganho de capital aos acionistas das companhias envolvidas, mas sim, de auferir a viabilidade econômica da forma como exposta nesta defesa;

Subsidiariamente, prevalecendo o entendimento de que a incorporação de ações prevista no art. 252 da Lei n.º 6.404/76 representa uma alienação de ações por parte dos sócios acionistas, o que sinceramente não se espera, pugna pelo cancelamento do auto de infração, tendo em vista que:

v) Seja reconhecido o nítido caráter de permuta de bens, nos termos do art. 121, § 2º do RIR/99 e, como não houve torna em favor do recorrente, a título de ganho de capital passível de incidência de imposto de renda;

vi) Ainda que se considere que a incorporação de ações representa um acréscimo patrimonial nos termos do art. 38, do RIR/99, somente incidirá IRPF para a pessoa dos acionistas no momento em que os rendimentos forem efetivamente auferidos, nos termos do parágrafo único desse mesmo dispositivo.

(...)"

Do Acórdão da DRJ/JFA

A DRJ/JFA em seu acórdão (e-fls. 560 571) rejeitou as preliminares suscitadas e julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo Recorrente (vide e-fls. 341 a 382), mantendo o lançamento fiscal realizado pela fiscalização, bem como não acatando a solicitação do Recorrente de que para que todas as notificações e intimações sejam feitas em nome do advogado substabelecido.

Do Recurso Voluntário

No Recurso Voluntário (e-fls. 588 a 610), interposto em 03 de novembro de 2017, após grande arrazoado, o Recorrente requer:

"(...)

IV. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer dignem-se Vossas Senhorias em receber o presente Recurso Voluntário para:

PRELIMINARMENTE:

i) DECLARAR, a nulidade do lançamento tributário ante a patente falta de fundamentação existente no Auto de Infração, nos termos do Item III deste recurso.

No mérito, reformar a decisão proferida no acórdão n.º 09-64.582, pela 4ª Turma da DRJ/JFA, para:

ii) DECLARAR a insubsistência do lançamento ante a inexistência de ganho de capital e conseqüente inexistência do fato gerador do Imposto de Renda Pessoa Física, nos termos do Item IV.I;

iii) DECLARAR a insubsistência do lançamento ante a não caracterização da substituição de ações como ganho de capital, conforme entendimento jurisprudencial do TRF da 4ª Região, assim como da Câmara Superior do CARF, nos termos do item IV.II;

iv) Subsidiariamente ao pedido iii), DECLARAR a insubsistência do lançamento ante a ocorrência de vício na Regra Matriz de Incidência, uma vez que o critério temporal escolhido pelo AFRFB para verificação da base imponible do Imposto de Renda foi equivocado, nos termos da fundamentação do item IV.III.

(...)”

É o que importa relatar.

Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Juliano Fernandes Ayres, Relator.

Da Admissibilidade

O Recurso Voluntário atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos, relativos ao direito de recorrer, e extrínsecos, relativos ao exercício deste direito, sendo o caso de conhecê-lo. Especialmente, quanto aos pressupostos extrínsecos, observo que o recurso se apresenta tempestivo, tendo o Recorrente tomado ciência do Acórdão da DRJ/JFA em 05 de outubro de 2017 (Aviso de Recebimento - AR e-fl. 575) e efetuado protocolo recursal em 03 de novembro de 2017 (e-fl. 588), respeitando, assim, o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Da Preliminar de Nulidade e Cerceamento de Defesa

O Recorrente aduz que o auto de infração foi lavrando sem fundamentação legal, uma vez que a fiscalização não traz qual a forma pela qual o Recorrente auferiu a renda, sendo insuficiente a indicação do fiscal do artigo 117 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), que estabelece a incidência do Imposto de Renda (IR) sobre os ganhos de capital auferidos por pessoas físicas, na alienação de bens e direitos, bem como dos artigos 123 e 138 do mesmo RIR/99, que estabelecem as regras apuração da base de cálculo e do IR incidente sobre os ganhos de capital.

Conseqüentemente, o Recorrente alega que como não houve a fundamentação do auto de infração operou-se o seu cerceamento do direito de defesa.

Não há razão ao Recorrente em relação às preliminares arguidas, pois a questão de ser correta a capitulação legal do fato gerador pelo agente fiscal é a questão nuclear da discussão se há ou não incidência de IR nas operações de incorporações de ações, devendo ser esta matéria tratada quando da análise das alegações de mérito do Recorrente, em outras palavras, o suposto afastamento da subsunção do fato a norma que suporta o lançamento se mistura com o mérito.

De tal sorte, não há que se falar e cerceamento do direito de defesa do Recorrente, tendo havido ao mesmo todas as condições e prazos para se manifestar e se defender ao longo do procedimento de fiscalização e do contencioso tributário, instaurando a partir da interposição de sua impugnação.

Além disso, no normativo do contencioso administrativo tributário federal, as hipóteses de nulidade de lançamento fiscal estão enumeradas no artigo 59 do Decreto 70.235/72, que são: (i) documentos lavrados por pessoa incompetente; e (ii) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente, não estando nos autos presentes nenhuma dessas hipóteses de nulidades.

Por todo o exposto, não há razão ao Recorrente sobre as preliminares alegadas.

Do mérito

A questão nuclear do caso em análise é a ocorrência ou não do fato gerador do Imposto de Renda (IR) incidente sobre os ganhos de capital nas operações de incorporação de ação.

Por tal motivo, inicialmente, cabe entendermos no que consiste uma incorporação de ações e, principalmente, a sua natureza jurídica.

Então, vejamos, o instituto da incorporações de ações tem sua fundamentação legal no artigo 252 do Lei nº 6.404/76 (Lei das S.As.), que fixa como sendo uma operação por meio da qual todas as ações de uma sociedade são adquiridas por outra sociedade, que passa a ser sua única acionista, tornado a empresa incorporada em uma subsidiária integral da incorporadora.

Na incorporação de ações, também, deverá se observar se: i) o capital da sociedade incorporadora foi aumentado através da emissão de novas ações; ii) tais novas ações passarão à titularidade dos anteriores acionistas da sociedade incorporada; iii) o capital aumentado deverá ser integralizado com as ações da incorporada; e iv) a operação pressupõe a aprovação das Assembleias-Gerais da sociedade incorporadora e da incorporada, por maioria. Vejamos o que dispõe o artigo 252 da Lei das S.As.:

“(…)

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 assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º. A assembleia-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 assembleia-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 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 assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

(...)"

Até este ponto é razoavelmente claro o entendimento deste mecanismos societário, porém, o desafio se inicia quando vamos buscar a natureza jurídica da incorporação de ações, uma vez que há pelo menos dois grandes posicionamentos distintos na doutrina, uma corrente que compreende que a incorporação de ações tem a natureza de alienação de bens, possibilitando a apuração de ganho ou perda da capital na operação e possível tributação e outra que entende que a incorporação de ações tem a natureza de substituição de bens, não havendo tributação.

Neste giro, temos a primeira corrente doutrinária que defende que a incorporação de ações é um negócio societário típico, que acarreta a apuração de ganho de capital tributável, decorrente de uma alienação e aquisição de ações, mesmo que simbolicamente.

Destaca-se que o entendimento da primeira corrente doutrinária de que a incorporação de ações resulta na alienação das ações, no momento da troca das ações é compartilhada pela Fiscalização, pela DRJ/JFA e parte do CARF, como podemos verificar nas ementas dos seguintes acordões:

- Acórdão n.º 2301-005.847; sessão realizada em 14 de fevereiro de 2019:

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

Ano-calendário:2011

GANHO DE CAPITAL OCORRÊNCIA.

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.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art.252 da Lei n.º 6.404, de 1976, é espécie. Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro."

- Acórdão n.º 2401-005.877; sessão realizada em 04 de dezembro de 2018:

Assunto: Imposto sobre Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário:2012

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL INCIDÊNCIA. FATO-GERADOR. MOMENTO. Na operação de incorporação de ações, a transferência das participações societárias para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação em sentido amplo. A diferença positiva entre o

preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há realização de renda no momento em que a pessoa-física recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietária das ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. MOMENTO DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL CLÁUSULA DE "LOCKUP". A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado lapso temporal, não tem a eficácia de desconstituir a transferência de domínio por ocasião da incorporação das ações. A situação jurídica que representa a disponibilidade econômica pela realização de renda passível de tributação foi definitivamente constituída no momento da transferência da propriedade das ações, quando restou configurado o acréscimo patrimonial da pessoa física.

- Acórdão n.º 3302-005.318; sessão realizada em 21 de março de 2018:

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA ALIENAÇÃO EM SENTIDO AMPLO. A operação de incorporação de ações de uma sociedade empresária por outra tem natureza jurídica de operação de alienação de ações em sentido amplo uma vez que há transferência de propriedade das ações de uma das sociedades para a integralização do capital social da outra sociedade. Neste caso, a primeira sociedade transforma-se em subsidiária integral da segunda.

- Acórdão n.º 9202-006.501; sessão realizada em 26 de fevereiro de 2018:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte_IRRF

Data do fato gerador:08/05/2008

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. BENEFICIÁRIO NO EXTERIOR. A incorporação de ações implica aumento de capital de pessoa jurídica, realizado mediante a conferência de ações de outra pessoa jurídica. A diferença entre o valor das ações entregues e o valor do aumento de capital enseja ganho de capital. O ganho de capital de beneficiário domiciliado no exterior implica a retenção do tributo na fonte. No caso, ocorreu operação de incorporação de ações e foram identificados acionistas no exterior.”

Já, a segunda corrente defende que a incorporação de ações é apenas uma substituição de ativos de igual valor econômico (sub-rogação real), que não geria ganho de capital, estando assim fora do campo de incidência tributário.

Ao encontro do posicionamento do ocorrência de uma alienação das ações nas incorporação de ações, trazemos partes do voto vencedor do Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, constante no Acórdão CARF 9202-003.579, apreciado na sessão de julgamento de 03 de março de 2015:

“(…)

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 n.º 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 n.º 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.

(...)

*No mesmo sentido, leciona NELSON EIZIRIK [**Incorporação de ações: aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 7899]:*

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

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

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

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

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

□ a dois institutos que permitem a conjugação de atividades, porém mantida a personalidade jurídica das empresas, como ocorre com os grupos de sociedades; e □ a dois institutos que instrumentalizam a concentração por integração ou interpretação societária, como ocorre nas fusões e incorporações, em que desaparece a personalidade jurídica de uma das empresas envolvidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

[...]A incorporação de ações disciplinada no artigo 252 da Lei das S.A constitui negócio plurilateral, cujo objeto é a integração de participação societária, mediante a agregação de todas as ações da incorporadora ao patrimônio da incorporadora, mantida a personalidade jurídica da incorporada. Ou seja, não há, na incorporação de

ações, a extinção da sociedade, cujas ações foram “incorporadas”, muito menos a sucessão em seus direitos e obrigações.

(...)

Uma das principais características da operação de incorporação de ações é a compulsoriedade da transferência das ações dos acionistas, independentemente de seu consentimento. Isto é, verifica-se a total ausência do elemento volitivo para a efetivação e concretização deste tipo de operação. (grifos no original)

(...)

A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações:

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

Entendo que não, pois não houve a venda de ações. Não houve realização monetária neste momento; DF CARF MF Fl. 942 12 b) Ocorreu integralização de capital por pessoa física, sujeita a tributação pela Lei 9.249?

Entendo que não, pois houve incorporação de ações, entre pessoas jurídicas, instituto jurídico definido em lei, diverso da integralização de ações c) Há hipótese de incidência do IRPF nessa operação, sobre a pessoa física?

Entendo que haverá quando a pessoa física vender suas ações.

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

sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?

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

Pelo que se pode verificar pelo exposto até o momento a questão não é pacífica, porém, há que se buscar o melhor direito analisando o caso concreto em discussão.

A operação societária em foco objetivou a unificação de duas grandes redes de supermercados de Maringá: Supermercados Cidade Canção S/A (SCC), que tinha como sócio o Recorrente (25,5% da sociedade) e a Rede ÉVORA.

Para tanto, se optou por fazer essa unificação por uma operação de incorporação de ações, sendo que o primeiro passo foi criar uma nova companhia, denominada atualmente como Companhia Supamericana de Distribuição (CSD), para que as duas redes de supermercados trocassem a integralidade de suas ações por ações da nova CSD, tornando-se estas subsidiárias integral, nos moldes do disposto no §2º do artigo 251 da Lei nº 6.404/76 (Lei da S.As.).

Para efetivação do aumento de capital da CSD com as ações da SCC e da ÉVORA, houve a realização de Laudo de Avaliação Econômico das duas empresas, momento que cada uma das empresas foram avaliadas por valor de R\$ 110.857.657 (cento e dez milhões oitocentos e cinquenta e sete mil seiscentos e cinquenta e sete mil reais). Desta forma, a CSD emitiu 221.715.314 (duzentos e vinte e um milhões setecentos e quinze mil trezentos e quatorze) ações sem valor nominal, para depois serem substituídas por ações das SCC e da ÉVORA, passando os sócios da SCC e da ÉVORA a deterem as respectivas participações da CSD que lhe cabiam.

Nesta situação, o Recorrente que era sócio de 25% da SCC, passou a deter 25,5% CSD.

O valor de custo dos 25,5% da participação na SCC, pertencentes ao Recorrente, correspondia a valor de R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais), porém, com a operação de incorporação das ações o Recorrente declarou em sua DIRPF do ano-calendário 2010, que não mais detinha participação na SCC (vide e-fl. 86 dos autos), passando a deter 25,5% ações da CSD, ações estas que foram integralizadas nas cotas do Fundo de Investimento em Participações (FIP) MMC, CNPJ nº 09.009725/0001-15, no mesmo dia do evento de incorporação de ações (26 de fevereiro de 2010), representado o valor total de investimento de R\$ 28.268.702,00 (vinte e oito milhões duzentos e sessenta e quatro mil setecentos e dois reais), conforme se verifica na DIRPF do Recorrente e-fl. 91.

Ora, o Recorrente alega que a incorporação não gerou ganho de capital, não sendo o evento de incorporação de ações um fato tipificado como uma fato gerador o Imposto de Renda sobre o ganho de capital, mas reconhece a mais valia das ações em sua DIRPF – ano-calendário de 2010 e, no mesmo dia/momento, usa esses ativos para integralizar 28.323,527 cotas do FIP MMC, em um valor unitário de cota de R\$ 1.000,00 (um mil reais), no mesmo dia que recebeu as ações da empresa CSD, em substituição as ações da SCC.

Para se sustentar a não incidência do IR sobre o ganho de capital nas operações de incorporação de ações, o custo dos ativos recebidos em substituição devem permanecer inalterados, em outras palavras, no caso em tela quando o Recorrente recebeu 28.268.702 ações da CSD em substituição as ações que detinha da SCC, deveria ter mantido o custo original das ações SCC, porém, o que ocorreu é que o Recorrente reconheceu o valor de mercado das ações da CSD, ou seja, o próprio Recorrente reconheceu ter obtido ganho de capital na operação, conforme podemos comprovar na própria DIRPF do Recorrente e-fl.85:

“RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA / DEFINITIVA	(Valores em Reais)
Outros rendimentos recebidos pelo Titular: DIFERENÇA NA SUBSTITUICAO DE ACOEB SCC/CSD	27.962.702,00”

Caso contrario, se nos eventos de incorporações de ações os acionistas que receberam as ações em substituição imputassem os valores de mercado aos ativos recebidos, estariam deixando de tributar o possível ganho de capital dos ativos no futuro, criando um mecanismo para escapar do fato-gerador do IR.

Neste ponto, deve se observar o que a DRJ/JFA concluiu em seu Acórdão (e-fls. 567 e 568):

“(…)

Em continuidade às alegações passivas, afirma o contribuinte que "não há empecilho em toda a legislação que rege o Imposto de Renda, que determinado contribuinte, detentor de determinado patrimônio, proceda sua avaliação ao valor de mercado e corrija eventual valoração em sua declaração de imposto de renda." Ressalta, ainda,

que a avaliação para fins de incorporação, decorreu de obrigação legal, não resultando em ganho de capital para os acionistas.

Nesse ponto, importa destacar da IN SRF nº 84/2001 os artigos sob o título "Custo de Aquisição Definição":

"Art. 5º Considera-se custo dos bens ou direitos o valor de aquisição expresso em reais.

Art. 6º O custo de aquisição dos bens e direitos adquiridos ou as parcelas pagas até 31 de dezembro de 1991, avaliados pelo valor de mercado para essa data e informados na Declaração de Ajuste Anual do exercício de 1992, ano-calendário de 1991, de acordo com o art. 96 da Lei Nº 8.383, de 1991, é esse valor, atualizado até 1º de janeiro de 1996.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput na hipótese de contribuinte desobrigado de apresentar a declaração do exercício de 1992, ano-calendário de 1991, e seguintes.

Art. 7º No caso de bens ou direitos adquiridos ou de parcelas pagas até 31 de dezembro de 1991, não avaliados a valor de mercado, e dos bens e direitos adquiridos ou das parcelas pagas entre 1º de janeiro de 1992 e 31 de dezembro de 1995, o custo corresponde ao valor de aquisição ou das parcelas pagas até 31 de dezembro de 1995, atualizado mediante a utilização da Tabela de Atualização do Custo de Bens e Direitos, constante no Anexo Único.

Art. 8º O custo dos bens e direitos adquiridos ou das parcelas pagas a partir de 1º de janeiro de 1996 não está sujeito a atualização."

A partir dos dispositivos acima, resta patente o equívoco de interpretação do impugnante. A leitura dos artigos leva à conclusão de que a avaliação a valores de mercado foi permitida para a data de 31/dezembro/1991, sendo a partir daí até dezembro/1995 aplicada a atualização conforme tabela específica. Já a partir de 1996, o custo dos bens e direitos, uma vez registrados na DIRPF, devem permanecer inalterados, sem correções/atualizações.

No mais, o acréscimo patrimonial do recorrente é óbvio, vez que as ações da SCC, cedidas à CSD, ao custo de aquisição registrado na DIRPF de R\$ 306.000,00 foram transferidas pelo valor decorrente de avaliação a preço de mercado de R\$ 28.268.702,00, tal como se frisou nos itens "j" e "r" do TVF, mormente pelo fato de que a próprio contribuinte registrou em sua Declaração de Ajuste Anual:

RENDIMENTOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA / DEFINITIVA	(Valores em Reais)
Outros rendimentos recebidos pelo Titular: DIFERENÇA NA SUBSTITUIÇÃO DE ACOEB SCC/CSD	27.962.702,00

*Ademais, consoante TVF, item "r", "a disponibilidade econômica ou jurídica adquirida por PAULO SÉRGIO CARDOSO no valor total de R\$ 28.268.702,00 (...) decorreu da aplicação de capital feita por ele na aquisição das 306.000 (...) ações da SCC e consequente valorização desse capital aplicado. **É, sem dúvida, um acréscimo patrimonial como produto de aplicação de capital, não amparado por norma isentiva.**"*

(...)"

Neste diapasão, vale destacar que o fato gerador do IR não se configura apenas à disponibilidade financeira, mas também à disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento, no caso sob análise, o efetivo recebimento ocorreu no momento da incorporação das ações, uma vez que o pagamento pode ser realizado em espécie ou em direitos, ativos financeiros ou bens que representem um valor monetário, como por exemplo: imóveis; veículos, direitos autorais; cotas de fundos de investimentos; ações societárias.

Ora, o Recorrente se tornou proprietário das ações da CSD em 26 de fevereiro de 2010, usufruindo, a partir deste momento, da disponibilidade jurídica e econômica das ações.

Tanto foi isto que ocorreu que as ações da CSD recebidas pelo Recorrente foram, no mesmo dia, usadas por ele para integralizar 28.323,527 cotas do FIP MMC, com valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para cada cota, sendo que, para tanto, ele entregou ao FIP R\$ 28.268.702,00 (vinte e oito milhões duzentos e sessenta e quatro mil setecentos e dois reais), representado por suas ações da CSD e mais R\$ 54.825,00 (cinquenta e quatro mil, trezentos e vinte três mil quinhentos e vinte sete reais) em moeda corrente¹.

Aqui, apenas como forma de reforçar que se operaria a tributação no caso em análise, só se alterando o momento, destacamos o que dispõe o Ato Declaratório Interpretativo nº 07, de 2007(ADI 7/07):

“ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 7, DE 24 DE MAIO DE 2007

(Publicado(a) no DOU de 25/05/2007, seção , página 22)

Dispõe sobre a incidência do imposto de renda na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - SUBSTITUTO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto nos arts. 3º, 16, 19 e 20 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e no art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e o que consta do processo nº 10168.001281/2007-43, declara:

Artigo único. O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO”

Por todo o exposto, evidente que o Recorrente reconheceu o ganho de capital no momento da incorporação de ações, uma vez que recebeu as 28.268.702 novas ações da CSD em substituição as ações que detinha da SCC, declarando-as em sua DIRPF pelo valor de mercado (vide e-fl. 85) e não pelo o custo original.

Conclusão do Voto

Por todo o exposto, conhecemos do Recurso, para no mérito negar provimento.

Dispositivo

Ante exposto, voto por negar provimento ao Recurso.

¹ Há que se constatar que, o administrador do Fundo de Investimento em Participação - FIP MMC, para apuração de rendimento/ganho do cotista (o Recorrente), cálculo e recolhimento de IR incidente exclusivamente na fonte (a alíquota de 15%), considerará como custo de investimento do Recorrente o valor de R\$28.268.702,00 (vinte e oito milhões, duzentos e sessenta e oito mil, setecentos e dois reais), quando houver a liquidação do FIP MMC ou a alienação de suas cotas e não o valor de R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais), valor de custo que o Recorrente tinha das ações antes da incorporação de ações.

(documento assinado digitalmente)

Juliano Fernandes Ayres