



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.723570/2018-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.542 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de fevereiro de 2024
Recorrente RENATO MAURICIO HESS DE SOUZA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2015

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. ISENÇÃO. ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12, DE 2018.

Há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento as ações emitidas até 31/12/1983, mantidas por pelo menos cinco anos sem mudança de titularidade até a vigência da Lei 7.713/1988. Vencidos os conselheiros Ana Carolina da Silva Barbosa (relatora) e Matheus Soares Leite que davam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa - Relatora

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Jose Marcio Bittes, Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 857/893) interposto por RENATO MAURICIO HESS DE SOUZA contra o Acórdão nº. 12-110.274 (e-fls. 827/853), proferido pela 19ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro, que julgou a Impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Na sua origem, os débitos de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF referente aos anos-calendário 2014, foram constituídos em razão da apuração da infração de omissão de ganhos de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores. Os fatos foram resumidos pela decisão de piso da seguinte forma:

Segundo a Fiscalização, o contribuinte detinha ações da empresa Dudalina S/A, a qual, antes de sua alienação parcial para fundos de investimentos e para a Restoque, pertencia integralmente aos herdeiros de Adelina Clara Hess de Souza (16 filhos), seja de forma direta, ou por intermédio de outras sociedades: Villapar Participações S/A, CNPJ 16.898.632/0001-54, Adropar Participações S/A, CNPJ 17.278.997/0001-49, e WP XI Participações IV S/A, CNPJ 18.511.735/0001-45.

No curso da fiscalização, foram apresentados diversos documentos pelo contribuinte, restando constatado que, em 21 de novembro de 2014, as ações de emissão da empresa Dudalina pertencentes ao interessado foram incorporadas pela empresa Restoque Comércio e Confecções de Roupas S/A, CNPJ 49.669.856/0001-43. **No tocante ao contribuinte Renato Maurício Hess de Souza, constatou-se que as 9.305.324 ações recebidas da Restoque foram subscritas pelo valor de R\$94.914.304,80 (9.305.324 ações x R\$ 10,20 = R\$ 94.914.304,80).**

No entanto, ao examinar a Declaração de Bens e Direitos da DIRPF/2015, a Fiscalização localizou apenas as participações sociais nas empresas Villapar, Adropar e Dudalina, anteriores à reestruturação societária promovida em 30/10/14. Na DIRPF/2016, relativa ao exercício seguinte, verificou-se que o Sr. Renato Maurício Hess de Souza corretamente excluiu de seu patrimônio as ações das empresas Villapar, Adropar e Dudalina e incluiu as ações da Restoque. Porém, teria informado como valor das 9.305.324 ações recebidas da Restoque o somatório do valor das ações daquelas três empresas (R\$ 6.636.521,87), ao invés dos R\$ 94.914.304,80 retrocitados.

Dessa forma, o Fisco entendeu que o interessado não declarou o incremento patrimonial da ordem de R\$ 88.277.782,93 advindo da incorporação das ações da Dudalina pela Restoque (R\$ 94.914.304,80 - R\$ 6.636.521,87 = R\$ 88.277.782,93), não tendo, portanto, apurado qualquer ganho de capital relativamente às suas ações da Dudalina incorporadas pela Restoque.

Além disso, informou a Fiscalização que o contribuinte recebeu de herança um bem ainda não partilhado que a mãe do contribuinte, fundadora da Dudalina, deixou, por ocasião da abertura da sucessão (falecimento), qual seja, 407.832 ações da Restoque

recebidas pelo espólio na incorporação de ações da Dudalina, ocorrida em 21 de novembro de 2014.

Tais ações teriam sido partilhadas igualmente entre seus dezesseis filhos, cabendo ao sucessor Renato Maurício Hess de Souza a quantidade de 25.489,50 ações da Restoque. Assim, o Fisco também formalizou a exigência do imposto devido pelo espólio, proporcionalmente às 25.489,50 ações da Restoque recebidas de herança pelo contribuinte, as quais, segundo quadro demonstrativo constante das fls. 776, acarretaram um ganho de capital da ordem de R\$242.507,55, com exigência de imposto de renda sobre esta parcela no montante de R\$36.376,13, sem incidência de multa de ofício.

Informou o Fisco, com este procedimento, estar apurando o ganho de capital omitido pelo espólio na incorporação de ações da Dudalina pela Restoque, ocorrida em 21 de novembro de 2014, e os reflexos tributários em seus sucessores.

O contribuinte foi cientificado do lançamento em 15/02/2019 (e-fls. 790) e apresentou, em 15/03/2019, a impugnação (e-fls. 794 e 822), na qual alega, em síntese, que:

Realmente o contribuinte, por lapso, apresentou a DIRPF ano calendário de 2014, exercício 2015, com o preenchimento das posições acionárias detidas anteriormente a reestruturação societária da Dudalina ocorrida em 31/10/2014, entretanto, esse fato NÃO ALTERA em absolutamente NADA o “valor” do custo das participações detidas na “Villapar”, “Adropar”, e “Dudalina”, primeiro concentradas em participações na “Dudalina” em 31/10/2014 e, estas substituídas antes de 31/12/2014, por equivalente participação em ações “Restoque”, por incorporação de ações, OPERAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS, nos termos do art. 252, da Lei 6.404/76;

b) Ao contrário da informação prestada pelo agente fiscal, NÃO SE APLICA o disposto no art. 23, § 2º, da Lei 9.249/95, razão pela qual, NÃO HÁ possibilidade de “visualização do incremento patrimonial de R\$ 88.277.782,93, advindo da incorporação das ações da Dudalina pela Restoque (R\$ 94.914.304,80 – R\$ 6.636.521,87 = R\$ 88.277.782,93).”, simplesmente por que as participações detidas antes de 31/10/2014, entre ações da “Dudalina”, da “Villapar” e da “Adropar”, convertidas em 705.283 ações da “Dudalina S/A”, possuíam um custo de aquisição de R\$ 6.636.521,87 (aprox. R\$ 9,4097 por ação Dudalina) e, as aludidas ações foram “substituídas” em absoluta e perfeita equivalência, em operação entre pessoas jurídicas, por 9.305.324 ações da Restoque ao custo de aquisição de R\$ 6.636.521,87 (aprox.. R\$ 0,7132 por ação Restoque).

c) Não há “incremento patrimonial” e Não há ganho de capital a ser tributado – Impossível exigir em operação de aumento de capital por incorporação de ações, ENTRE PESSOAS JURÍDICAS, a aplicação do disposto no art. 23, § 2º, da Lei 9.249/95, que somente se aplica quando uma “pessoa física transfere diretamente bens para o aumento de capital em uma pessoa jurídica” e, essa claramente NÃO É O CASO DOS AUTOS.

(...)

- para fins de argumentação, é isenta de imposto de renda a alienação de participação acionária ocorrida até 31 de dezembro de 1983. (...)tanto as ações detidas antes de 31/10/2014 da “Dudalina S/A”, quanto as ações detidas na empresa “Adropar Participações S/A”, sabidamente foram adquiridas muito antes de 1983 (a apurar da Villapar), sendo os seus ajustes ao longo do tempo, vinculadas a bonificações decorrentes de aumentos de capital por conta de aproveitamento de “Reservas de Lucros” e, “Reservas para Aumento de Capital decorrentes dos efeitos de “correção monetária de balanço”, que não podem ser consideradas “novas aquisições” e sim, meras decorrências da participação original detida, cuja proporção não se altera.

-no caso dos autos, tanto as ações detidas antes de 31/10/2014 da “Dudalina S/A”, quanto as ações detidas na empresa “Adropar Participações S/A”, sabidamente foram adquiridas muito antes de 1983 (a apurar da Villapar), sendo os seus ajustes ao longo do tempo, vinculadas a bonificações decorrentes de aumentos de capital por conta de aproveitamento de “Reservas de Lucros” e, “Reservas para Aumento de Capital decorrentes dos efeitos de “correção monetária de balanço”, que não podem ser consideradas “novas aquisições” e sim, meras decorrências da participação original detida, cuja proporção não se altera;

-o Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, estabelece, em seu artigo 4º, isenção do imposto de renda sobre lucro auferido em participação societária, esclarecendo, na 2ª parte do seu artigo 5º, que as bonificações são adquiridas, a custo zero, às datas de subscrição ou aquisição das participações a que corresponderem. Isso significa, em termos práticos, que: (a) a tributação/isenção se refere ao lucro na alienação de participação societária, e não a ágio na alienação de ações ou cotas societárias que não correspondem a aumento de participação societária; e (b) as bonificações, justamente por não decorrer de aumento de participação societária, presumem-se adquiridas (b.1) a custo zero, e (b.2) na data da aquisição societária a que correspondem, ou seja, não são consideradas autonomamente, mas como acessório de aquisição societária anterior;

-o impugnante têm direito adquirido à isenção tributária prevista nos artigos 4º e 5º do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, em relação ao lucro na alienação da participação societária da Dudalina, que detinha até 31 de dezembro de 1983, alcançando essa isenção o “lucro” na alienação de ações bonificadas (Lei nº 6.404, de 1976, art. 169), que correspondam a aquisições de participação societária, ocorridas até a mesma data;

-todos argumentos aqui destacados se aplicam, inclusive as ações referentes ao espólio de Adelina Clara Hess de Souza, CPF nº 438.450.379-20, na alienação de 30.911 ações de sua titularidade da empresa Dudalina S.A, CNPJ nº 85.120.939/0001-42, mediante a incorporação de ações promovida pela empresa Restoque Comércio e Confecções de Roupas S.A, CNPJ 49.669.856/0001-43.

Em 12/09/2019, a Impugnação foi julgada improcedente, conforme mencionado anteriormente, em Acórdão nº. 12-110.274, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2015

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO.

Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos. A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, por configurar acréscimo patrimonial, independentemente da existência de fluxo financeiro, não havendo que se falar em operação de sub-rogação real ou permuta.

A incorporação de ações caracteriza operação de subscrição de capital com integralização em bens, porquanto os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas as transferem para a companhia dita incorporadora, a título de integralização de capital.

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DECRETO-LEI Nº 1.510/1976. NÃO-INCIDÊNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 7.713/1988.

Inexiste direito adquirido a isenção, salvo se houver sido concedida a prazo certo e sob condição onerosa (CTN, art. 178). Para que possa haver a fruição do benefício, a lei isentiva deve estar em vigor no momento em que ocorre o fato gerador, o que não é o caso.

INCONSTITUCIONALIDADE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E NÃO CONFISCO.

Os princípios constitucionais tributários são endereçados aos legisladores e devem ser observados na elaboração das leis tributárias, não comportando apreciação por parte das autoridades administrativas responsáveis pela aplicação destas, seja na constituição, seja no julgamento administrativo do crédito tributário.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais, não proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

CITAÇÕES DOUTRINÁRIAS NA IMPUGNAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa apreciar alegações mediante juízos subjetivos, uma vez que a atividade administrativa deve ser exercida de forma plenamente vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

PRODUÇÃO DE PROVAS. DILIGÊNCIA. DESNECESSÁRIAS. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de produção de provas, diligência (ou perícia) quando a sua realização revele-se prescindível ou desnecessária para a formação da convicção da autoridade julgadora.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

O recorrente foi cientificado do resultado do julgamento em 03/12/2019, conforme Termo de Ciência por abertura de mensagem (e-fl. 1086). O Recurso Voluntário foi apresentado em 01/11/2019 (e-fls. 856), reiterando os argumentos apresentados na Impugnação. O recurso foi apresentado antes do início da contagem do prazo, conforme atestou o Despacho (e-fls. 1089).

Os autos foram então, encaminhados para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para julgamento.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

1. Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

O recorrente não apresentou preliminares, de modo que passo diretamente à análise do mérito.

2. Mérito

2.1. Da Incorporação de Ações e do Ganho de Capital na Pessoa Física

A discussão dos presentes autos é bastante debatida por este Conselho e diz respeito ao mecanismo societário da incorporação de ações, disposto no artigo 252, da Lei nº. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), que prevê a possibilidade de que todas as ações de uma empresa sejam integralizadas no capital de outra companhia, de forma que aquela tornar-se-á sua subsidiária integral. Vale o destaque:

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)

De acordo com o parágrafo 3º do dispositivo citado os acionistas da empresa incorporada receberão as ações que lhes forem de direito na empresa incorporadora, da qual passarão a ser sócios. Dessa forma, o capital da sociedade incorporadora deverá ser aumentado

pela emissão de novas ações e essas passarão à titularidade dos acionistas anteriores da sociedade incorporada. Foi exatamente o que ocorreu no presente caso. Em 21/11/2014, a totalidade (100%) das ações de emissão da Dudalina foram integralizadas pela empresa Restoque, tornando-se a Dudalina subsidiária integral da Restoque, mantendo, todavia, personalidade jurídica e patrimônio próprios até 21/12/2017, quando foi incorporada pela adquirente deixando de existir como empresa. Conforme descrito pelo recorrente:

1.3. Narrou o agente fiscal responsável pela autuação, que a empresa Dudalina S.A, sociedade anônima de capital fechado, cujas ações não eram negociadas em bolsa de valores, pertencia direta ou indiretamente aos 16 herdeiros de Adelina Clara Hess de Souza, e suas ações, num total de 83,81% foram alienadas a fundos de investimentos estrangeiros. O percentual de 83,81% representou a alienação das ações pertencente a 12 herdeiros de Adelina Clara Hess de Souza, sendo que 4 herdeiros, dentre eles o contribuinte ora autuado, não participaram da negociação realizada com a Restoque.

Entendeu a fiscalização que ocorreu ganho tributável para o recorrente, quantificado pela diferença entre o valor da cotação das ações da empresa incorporadora e o valor das ações anteriormente detidas nas empresas incorporadas. Ou seja, apesar de o recorrente não ter participado da negociação realizada com a Restoque, por ser acionista minoritário, e ter recebido exatamente a mesma quantidade de ações da Restoque, que antes tinha da Dudalina, (705.283 ações da Dudalina x 13,193744522 = 9.305,324 ações da Restoque), não tendo recebido dinheiro algum pelas ações, diante da diferença de cotação do valor das ações da Restoque, teria ocorrido um ganho de capital tributável, nos termos do art. 23, §2º, da Lei nº. 9.249/95.

O recorrente, por sua vez, defende que a operação não se confundiu com a alienação, pois representou uma substituição de ações que ele detinha por outras ações, mediante sub-rogação ou permuta. Como não ocorreu o recebimento de nenhum valor pelas ações, não teria havido incremento patrimonial, visto ter ocorrido apenas uma substituição de ações de uma empresa pela mesma quantidade de ações de outra empresa. Dessa forma, portanto, o fato gerador de incidência do Imposto de Renda não teria ocorrido. Ademais, o recorrente ainda argumenta que, mesmo que tal operação de incorporação de ações fosse considerada uma alienação, que a operação estaria abarcada pela isenção prevista no Decreto-Lei nº. 1510, de 1976, uma vez que *tanto as ações detidas antes de 31/10/2014 da “Dudalina S/A”, quanto as ações detidas na empresa “Adropar Participações S/A”, sabidamente foram adquiridas muito antes de 1983 (a apurar da Villapar), sendo os seus ajustes ao longo do tempo, vinculadas a bonificações decorrentes de aumentos de capital por conta de aproveitamento de “Reservas de Lucros” e, “Reservas para Aumento de Capital decorrentes dos efeitos de “correção monetária de balanço”, que não podem ser consideradas “novas aquisições” e sim, meras decorrências da participação original detida, cuja proporção não se altera.*

Os efeitos tributários da incorporação de ações são também muito debatidos na doutrina. O Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no voto proferido no Acórdão nº. 9101-006.469 apresenta as duas correntes e alguns de seus expoentes:

A natureza jurídica da incorporação de ações foi tema de diversas discussões. Luís Eduardo Schoueri e Luís Carlos de Andrade Junior sintetizam muito bem as principais correntes no tocante à natureza jurídica da incorporação de ações. Para a primeira corrente, a incorporação de ações é um negócio jurídico que implica efetiva alienação de ações detidas pelos sócios da sociedade incorporada. Por sua vez, para a segunda corrente a incorporação de ações seria mera sub-rogação real, em que não há alienação,

mas simples substituição de ações (SCHOUERI, Luís Eduardo, ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. Revista Dialética de Direito Tributário. Vol. 200. São Paulo: Dialética, maio de 2012.).

Como representante dessa primeira corrente, Modesto Carvalhosa afirma que há a alienação das ações da sociedade “incorporada” que são conferidas a valor de mercado ao capital da sociedade “incorporadora” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas Volume 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2003). Por sua vez, a segunda corrente é defendida por autores como Alberto Xavier (XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007), Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.) e Nelson Eizirik (EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: Aspectos Polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge. Fusão, Cisão, Incorporação e Temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009).

Ainda que muito se possa discutir acerca da natureza jurídica da incorporação de ações, ressalte-se que, sob a perspectiva dos acionistas da sociedade incorporada, a operação de incorporação de ações consiste em um aumento de capital na sociedade incorporadora mediante integralização das ações da sociedade incorporada. Evandro Pontes afirma que na incorporação de ações, há uma troca, uma substituição decorrente da absorção compulsória das ações em circulação emitidas pela companhia incorporada (PONTES, Evandro Fernandes de. Incorporação de Ações no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 179-181). (Acórdão nº. 9101-006.469, Voto Vencido do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, sessão de 03/02/2023).

É inegável que ambas as correntes doutrinárias admitem que a incorporação de ações é negócio típico peculiar o Direito Societário, embora uma aproxime o instituto da alienação e a outra da subrogação. A Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, no Acórdão nº. 9202-010.643, admite que pode haver uma variação na valoração das ações, como o que ocorreu no caso em tela, mas que tal variação, para fins de tributação das pessoas físicas, deve observar, necessariamente, se há aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. Vale o destaque:

De fato se analisarmos o instituto da incorporação de ações, é possível observar que não estamos diante de típico contrato de compra e venda, em alguns casos se quer há a anuência do acionista quanto ao negócio – já que a deliberação se dá em assembleia geral, ou mesmo quanto ao preço ofertado – pois compete à incorporadora aprovar o respectivo laudo de avaliação. Mas também não estamos diante de subrogação real, pois é inegável que os bens ‘permutados’ não possuem a mesma relação jurídica originária.

Não se nega que pode haver uma variação na valoração das ações. Entretanto – e em especial na pessoa física - o que deve ser analisado é em qual momento, essa variação será positiva a ponto de desencadear a incidência do imposto de renda.

No caso concreto, diante da equiparação da operação (não residente) ao ganho de capital das pessoas físicas, aplicamos ao caso o art. 43 do Código Tributário Nacional, o qual define como fato gerador do IRPF a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda:

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 jurista Mary Elbe de Queiroz em artigo intitulado “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – Tributação das Pessoas Físicas” (in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Editora Forense 2006), muito bem explica o que seria essa 'aquisição da disponibilidade':

Já “disponibilidade” é palavra derivada do latim *disponere*, dispor, isto é, bens de que se pode dispor livremente, livres de qualquer desembargo. Caracteriza-se como a liberdade necessária à normalidade dos negócios, revelada por uma situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançado a disponibilidade apenas potencial. A disponibilidade poderá ser visualizada sob os aspectos econômicos, jurídico e financeiro.

Entende-se por “disponibilidade econômica” a percepção efetiva da renda ou provento.

A aquisição se dá pelo fato material, independentemente da legalidade, ou não, do modo de obtenção. Portanto, a disponibilidade poderia ocorrer de forma não acolhida pela ordem jurídica.

Já a “disponibilidade jurídica” diz respeito à aquisição de um título jurídico que confira direito de percepção de um valor definido, ingresso de forma legal, no patrimônio. É a aquisição por meio de uma das formas legítimas e legais, de acordo com o direito.

Pressupõe a disponibilidade econômica, enquanto a “disponibilidade financeira” é o ingresso físico do valor cuja disponibilidade econômica ou jurídica foi previamente adquirida. Nesse caso, existe a posse efetiva dos valores.

A legislação do Imposto sobre a Renda consagra e impõe, com relação às pessoas físicas, além da “disponibilidade econômica ou jurídica”, a exigência da real “disponibilidade financeira”, o chamado “regime de caixa”. Nesse caso, precisa haver o efetivo recebimento do numerário ou pagamento das despesas (o ingresso ou o desembolso de numerário), para que os respectivos valores sejam computados para efeito da incidência do imposto.

Percebe-se portanto que a regra matriz de incidência do imposto renda para a pessoa física possui como critério material o efetivo recebimento do ganho, não sendo possível tributar a mera expectativa de uma da disponibilidade econômica de valores decorrentes de negócios jurídicos, até porque em alguns casos esse recebimento simplesmente pode não ocorrer (hipótese de posterior falência da empresa incorporadora).

Ao argumento acima acrescentamos o fato de que ter disponibilidade sobre algum bem é característica daquele que é proprietário da coisa, conforme preconiza o art. 1.228 do Código Civil, e ao tratarmos do ganho de capital, para delimitar o momento da aquisição dessa propriedade de proventos devemos observar a regra do art. 2º da Lei nº 7.713/88:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Entendo que artigo externa a ideia de que no imposto de renda pessoa física a propriedade surge com o recebimento dos valores - com a percepção do ganho. E é, por isso, por exemplo, que nos contatos a prazo o fato gerador do imposto de renda do ganho de capital somente se efetiva com o pagamento da respectiva parcela, conforme expõe o art. 31 da Instrução Normativa nº 81/2001.

Art. 31. Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.

Parágrafo único. O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:

I - o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;

II - a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I.

Portanto, se o imposto em questão possui como fato gerador a aquisição, econômica ou jurídica de renda ou provento e se nos casos da pessoa física esse ganho somente ocorre com o efetivo recebimento das parcelas de valores, deve -se afastar a tributação do ganho de capital apurado a partir da mera realização de operação de incorporação de ações. (Acórdão nº. 9202-010.643, Voto Vencido Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, sessão de 23/03/2023.)

Da mesma forma, a Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, no voto vencido do Acórdão nº. 2202-004.360, entendeu que, independentemente da natureza jurídica do instituto incorporação de ações, não haveria que se falar em tributação pelo ganho de capital para a pessoa física, pois, mesmo que ocorra uma variação positiva no valor das ações recebidas em substituição às ações anteriormente possuídas, não há disponibilidade de renda ou recebimento de rendimentos decorrentes de ganho de capital produzido na alienação, uma vez que, conforme legislação do Imposto de Renda, a tributação para as pessoas físicas se dá por meio do regime de caixa:

Independente da natureza jurídica atribuída a operação de incorporação de ações, entendo que a solução da controvérsia requer também a resposta à seguinte questão: de acordo com a nossa legislação, quando se dá a realização da renda no caso do imposto de renda pessoa física?

Para responder a essa pergunta é imprescindível lembrar que os conceitos utilizados na definição de renda das pessoas físicas e pessoas jurídicas são distintos. O conceito de renda no caso das pessoas físicas é tratado pela legislação como "fluxo" e nas pessoas jurídicas como acréscimo. O artigo 43 do CTN deu conta dos diversos regimes jurídicos utilizados para tributação, respectivamente, da renda das pessoas jurídicas e físicas. Conforme esclarece Misabel Derzi:

"É preciso registrar nos países ocidentais, separa os contribuintes em pessoas físicas e jurídicas e submete-os a tratamento jurídico distintos. **Podemos falar em dois conceitos de renda diferenciados: o primeiro é utilizado pela lei para apurar a renda da pessoa física e o outro é empregado na determinação da renda da pessoa jurídica.** Deriva daí o conceito ambíguo e complexo do Código Tributário Nacional, que procurou abranger, de forma mais ampla possível, ambos os tratamentos jurídicos.

Do ponto de vista econômico fiscal, classicamente, também são duas as principais correntes que buscam apreender o conceito de renda:

1 - como excedente, ou acréscimo de riqueza, **considerando o fluxo de satisfações e serviços** consumidos (Irving Fischer) ou meramente disponíveis (Hewett), representados por seu valor monetário, fluxo que engloba as entradas e saídas em um período determinado de tempo. **É o conceito que melhor se ajusta àquele empregado pelo legislador na apuração da renda da pessoa física. (...)**

2-**como acréscimo de valor ou de poder econômico** ao patrimônio, apurada a renda pela comparação dos balanços de abertura e de encerramento de determinado período. **É o conceito utilizado na apuração da renda da pessoa jurídica, especialmente as sociedades comerciais.**

(...)

Explica K. Tipke (Steuerecht. Ein systematischer Grundriss. 9. Köln, 1983, p. 213) que o dualismo tem longa tradição, pois ainda no século XIX, a lei cedeu às exigências dos empresários do comércio e da indústria, que insistiram em identificar o lucro com o resultado da contabilidade comercial. **A diferença de tratamento legal, dispensado à pessoa física e à pessoa jurídica, ainda hoje, está assentada nos seguintes argumentos:**

1. do risco do empreendimento, sendo a atividade empresarial muito mais sensível às oscilações da economia;
2. da necessidade de afetação de um patrimônio às atividades empresariais.

Portanto, esse patrimônio, destinado à atividade produtiva, capaz de gerar renda, é cercado de cuidado especial. É renda apenas o que dele deriva, o que dele se cria ou se acresce. Para a pessoa jurídica empresarial, o resultado negativo, ou prejuízo, é perda de capital próprio, perda decorrente de trocas externas que são fluxos financeiros, que saem do patrimônio da sociedade em valor superior ao dos que entram. Mas, **além disso, o prejuízo pode decorrer também da perda de valor dos bens do patrimônio, causada pela ocorrência dos riscos a que estão sujeitos, independentemente da saída de fluxo financeiro.** (Ver Bulhões Pedreira, Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p. 454.) **Ou seja, ainda que o fluxo de receita e despesa, relativo à atividade comercial e produtiva da empresa, se mantenha no mesmo nível, o prejuízo pode advir da perda de bem do ativo por ação da natureza, baixa por se ter tornado inservível, ou venda abaixo do preço de custo.** Enfim, o patrimônio da pessoa empresarial, afetado a suas atividades, está sujeito a outros riscos, que podem desgastá-lo, reduzir-lhe a utilidade econômica, ou torná-lo obsoleto. Esses decréscimos de valor não são e não podem ser ignorados pelo legislador, permitindo-lhes a dedução, a fim de que possa ser repostado, recomposto e mantido o patrimônio empresarial, do qual depende a sobrevivência do empreendimento econômico. (BALEEIRO, Aliomar - Direito Tributário Brasileiro - 10ª edição, 1999, Ed. Forense, p. 289/290, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi)(grifamos)

A legislação, por sua vez, ao tratar do imposto de renda pessoa física deu conta desses conceitos diferenciados. Em se tratando de IRPF, o elemento fundamental é o fluxo de recursos financeiros, conforme se verifica pelo disposto no artigo 38 do Regulamento do Imposto de Renda:

"Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da

origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

Parágrafo único. **Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira a favor do beneficiário.** (grifamos)

Em razão dos diferentes conceitos de renda acima expostos, entendo que a resolução da controvérsia dos autos não se limita à resposta sobre a natureza jurídica da operação de incorporação de ações. É imprescindível também que se responda a seguinte questão: em que momento ocorre a realização da renda no imposto de renda pessoa física tendo em vista o conceito de renda como fluxo?

Como demonstrado acima, a alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil. Sendo assim, é fundamental que se esclareça quando ocorre a realização da renda no imposto de renda pessoa física. Como esclarece Brandão Machado ao tratar do conceito de renda:

XXXIII - Em parecer emitido em 1970, Rubens Gomes de Souza explicou que a expressão **disponibilidade econômica corresponde a rendimento ou provento realizado, isto é, em dinheiro, e disponibilidade jurídica corresponde a rendimento ou provento adquirido, mas ainda não realizado.** A disponibilidade econômica inclui a jurídica. Em outro parecer do mesmo ano, o tributarista voltou a tratar do tema, quando, então, **afirmou que a aquisição da disponibilidade econômica significa realização da renda.** Por realização, Rubens Gomes de Souza entendia a manifestação, pela fonte produtora, de um acréscimo de valor patrimonial a que o titular do rendimento tem direito adquirido (ou virá a ter) em razão de título jurídico atual ou futuro; e disponibilidade jurídica vem a ser o que os financistas chamam separação da renda, que é o fato de o lucro de uma empresa, por exemplo, ser efetivamente distribuído como dividendo (...) (MACHADO, Brandão - Breve exame crítico do art. 43 do CTN, in "Estudos sobre o Imposto de Renda - em memória de Henry Tilbery, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Editora Resenha Tributária Ltda, São Paulo, Julho /94, p. 122)

Em outro artigo, ao tratar da não incidência do imposto de renda sobre ganho de capital na promessa de venda de ações, o mencionado autor destaca que, embora presente na tributação da pessoa jurídica, é na tributação das pessoas físicas que a realização da renda se torna mais imperativa:

XVI - Na sistemática da tributação da renda, é fundamental, como hoje universalmente se reconhece, **o princípio da realização**, por vezes não observado pelo legislador tributário de muitos Estados e descuidado da doutrina brasileira.

(...)

O princípio da realização está presente na tributação da renda da pessoa física ou jurídica, **mas é precisamente na tributação da pessoa física que a aplicação do princípio se torna mais imperativa.**

(...) O débito legítimo do imposto de renda pessoa física pressupõe, em regra,

(...) **De qualquer modo, o que sobreleva é o fato de receber o**

contribuinte a receita para atender à obrigação de pagar o imposto. Isso é fundamental. (grifamos) (MACHADO, Brandão - Imposto de renda. Ganhos de Capital. Promessa de Venda de Ações. Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, in Revista de Direito Tributário Atual, vol 11/12 Editora: Resenha Tributária/IBDT - 1992, p.1032) (grifamos)

Quanto a esse ponto (realização da renda no imposto de renda pessoa física) a Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão de 16 de fevereiro de 2016, Acórdão 9202-003.770, firmou o entendimento de que o ganho de capital, nas hipóteses de venda a prazo, se dá no momento do efetivo recebimento dos valores por parte da pessoa física:

(...)

Conforme se vê pela decisão acima transcrita, para a Câmara Superior o aspecto temporal do imposto de renda pessoa física ocorre com o recebimento dos rendimentos decorrentes do ganho de capital. Em outras palavras, a decisão acima transcrita afirma, textualmente, que, em se tratando de imposto de renda pessoa física, a **"alienação de bens, por si só, não faz nascer a obrigação de pagar tributo, portanto, somente a alienação não constitui fato gerador. É fato gerador o recebimento de rendimentos decorrentes de ganho de capital produzido na alienação"**

Foi exatamente neste sentido o entendimento da 2ª Câmara da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão nº. 9202-003.579:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

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

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

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

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

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado. (Acórdão nº. 9202-003.579, Relator Designado Manoel Coelho Arruda Junior, sessão de 03/03/2015.)

No âmbito do poder judiciário também se tem notícias de decisões no mesmo sentido: TRF da 4ª Região no Processo nº 50522793-42.2011.404.7000/PR, 7ª Vara Cível

Federal de São Paulo, TRF da 3ª Região, Processo nº. 5026528-67.2018.4.03.6100, 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, TRF da 3ª Região, no Processo nº. 5002494-57.2020.4.03.6100.

Diante do exposto, entendo que assiste razão ao recorrente e dou provimento ao recurso voluntário para cancelar o lançamento.

3. Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário e no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Redator Designado.

A ilustre Conselheira Relatora considerou que a substituição de ações não gera ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda de pessoa física, na modalidade de ganho de capital, por se constituir em mera troca de ações, não se aplicando, por conseguinte, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713, de 1988, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249, de 1995. Peço vênia para manifestar entendimento divergente, por entender que incorporação de ações é forma de alienação pelo titular das ações alienadas.

Embora denominado de "incorporação de ações", o evento societário em questão representa uma transferência de domínio de um bem para outra pessoa, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas integrantes de seu patrimônio. A situação guarda identidade com a integralização de capital mediante entrega de bens:

Lei 9.249, de 1995

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.

A transmissão da propriedade dos ativos é onerosa e mensurada em dinheiro, a partir de prévia avaliação de profissionais peritos:

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

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

Sendo assim, a incorporação de ações é uma forma de alienação em sentido amplo e a diferença a maior a favor do valor econômico em contraposição ao custo de aquisição da participação na empresa cujas ações estão sendo incorporadas por outra se constitui em ganho de capital. Correto o entendimento veiculado na Solução de Consulta Cosit nº 224, de 14 de agosto de 2014. As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital:

Lei 7.713, de 1988

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

(...)
§ 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.

Note-se que o §3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, veicula rol exemplificativo, enumerando sem esgotar negócios jurídicos reconhecidamente distintos, como a compra e venda, permuta, desapropriação e os contratos afins.

A disponibilidade da nova riqueza em pecúnia não é requisito absoluto para a tributação do ganho de capital, bastando o acréscimo patrimonial advindo do ingresso de bem ou direito. Ao definir o fato gerador do imposto, o ordenamento não se reporta à disponibilidade financeira ou circulação de numerário (dinheiro em caixa), mas à disponibilidade econômica ou jurídica (acréscimo patrimonial):

Constituição

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...)

III - renda e proventos de qualquer natureza; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

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.

Lei 7.713, de 1988

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

(...)
§ 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.**

Por isso, não há que se falar em mera expectativa de renda a ser concretizada apenas quando da venda das ações, uma vez que as ações da companhia incorporadora entregues em pagamento foram avaliadas economicamente, refletindo o seu valor a prática do mercado, e representando o acréscimo patrimonial do contribuinte na perspectiva estática, ou seja, em relação à situação anterior à operação de incorporação de ações. Logo, não há ofensa aos princípios da capacidade contributiva, isonomia, razoabilidade ou não confisco.

Note-se que o artigo 55 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, RIR, em seus incisos IV e XIII, trazia exemplificativamente hipóteses de incidência em que não há recebimento de valores em dinheiro:

Art. 55. São também tributáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 26, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 24, § 2º, inciso IV, e 70, § 3º, inciso I):

(...) IV - os rendimentos recebidos na forma de bens ou direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção;

(...) XIII - as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;

A incorporação de ações não tem natureza jurídica de uma sub-rogação real, pois não há uma mera substituição de ações, com equivalência de valores entre os bens substituídos e manutenção de uma mesma natureza jurídica ou idêntico regime jurídico entre os ativos. Em face do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, também não há uma simples recomposição do patrimônio do acionista da companhia cujas ações foram incorporadas. Pelo mesmo motivo, não há como se considerar haver uma simples troca entre bens de mesmo valor.

Há aquisição de disponibilidade econômica com o recebimento de um valor que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro.

Logo, não se cogita de mera reestruturação societária com substituição de ações por valor equivalente, ausência de disponibilidade econômica ou jurídica, de suposta tributação de renda virtual ou de patrimônio e de ser cabível a manutenção de custo de aquisição sem considerar a incorporação de ações e a avaliação decorrente do art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76, de 1976. Além disso, não se vislumbra ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da estrita legalidade, bem como não há que se falar em lançamento de imposto sem ocorrência de fato gerador, disponibilidade econômica ou acréscimo patrimonial, sendo o presente colegiado é incompetente para afastar a aplicação da legislação sob alegação de ofensa a princípios constitucionais (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A; e Súmula CARF nº 2).

Persisto, portanto, no entendimento já vertido no meu voto proferido quando do Acórdão nº 2401-006.662, entendimento este alinhado ao voto vencedor do já mencionado Acórdão nº 9202-010.643 - CSRF/2ª Turma, transcrevo do voto do Redator Designado Cons. Mauricio Nogueira Righetti:

É de se destacar, de início, que não trata o caso de incorporação de empresas a que aludem os artigos 219, 223/227 da lei 6.404/76, quando então é extinta a sociedade incorporada; mas sim da modalidade de incorporação de ações especificada no artigo 252 do mesmo normativo, quando a empresa que teve a totalidade de suas ações incorporada ao patrimônio de outra, permanece existindo sob a condição de subsidiária integral dessa outra.

No caso em tela, é inegável que houve o acréscimo patrimonial, por parte das pessoas jurídicas Morelia e Cortines – não residentes – no importe de R\$ 443.866.690,00 no momento da efetivação da incorporação de ações em 29/10/2009.

As empresas Morelia e Cortines, residentes em Luxemburgo, possuíam 100% do capital da Ibi participações, residente, esta última, no Brasil, ao custo de R\$ 924.316.310,00. Em 29/10/09 a recorrente incorporou 100% dessas ações, tornando a mesma Ibi Participações, sua subsidiária integral.

Assim feito, as não residentes receberam, em pagamento por sua participação na Ibi, ações da recorrente no importe de R\$ 1.368.183.000,00.

Nesse contexto a recorrente foi, com bastante propriedade, considerada como responsável pelo crédito tributário apurado sobre o ganho de capital experimentado pelas não residentes, forte no artigo 18 da Lei 9.249/95 c/c artigo 26 da Lei 10.833/03.

Sobre o assunto, trago à colação excerto do voto vencido do acórdão 9202.003.579, da lavra da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, que, com precisão, aponta e discorre sobre a legislação do IR. Confira-se:

Feitas estas considerações, verifica-se que a tributação do Imposto de Renda envolve uma série de incidências, legalmente previstas, cuja matriz encontra-se no art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção

(...)”

O dispositivo legal acima não deixa dúvidas acerca da abrangência da tributação do Imposto de Renda, abarcando qualquer evento que se traduza em aumento patrimonial, independentemente da denominação que seja dada à operação ou ao ganho. Nesse passo, resta cristalino que a exclusão da tributação pelo Imposto de Renda, de qualquer acréscimo patrimonial, tem de estar prevista em lei, já que a regra geral é a tributação.

Seguindo esta linha, a Lei nº 7.713, de 1988, assim dispõe:

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

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

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

(...)” (grifei)

Assim, na esteira da determinação da Lei Complementar, a Lei Ordinária buscou abarcar todas as operações que importam em alienação, inclusive arrematando o rol do § 3º com a expressão “contratos afins”, deixando claro que a relação ali contida não se esgota. Mais ainda, a Lei Ordinária claramente determina que se deve buscar a essência material dos eventuais ganhos, independentemente da denominação que lhes seja atribuída.

No entender da relatora, o ganho de capital só seria devido no momento em que houvesse o recebimento (a disponibilidade financeira) pela venda dessas ações recebidas em pagamento. Sustenta a tese de que deveria haver fluxo de recursos financeiros na operação.

Não vejo desta forma. Como bem colocou ainda a relatora do acórdão 9202-003.579:

Quanto ao argumento, no sentido de que não haveria ganho na operação ora tratada – ausência de circulação de numerário e suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa – o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, que é dirigido às Pessoas Físicas, quando se refere à integralização em bens, não deixa dúvidas sobre a possibilidade de tributação pelo Imposto de Renda, mesmo sem que ocorra a circulação de numerário.

Ainda que assim não fosse, o art. 43 do CTN é claro, no sentido de que qualquer disponibilidade – econômica ou jurídica – caracteriza a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, sem a exigência de que haja fluxo financeiro. Assim, para que se caracterize a disponibilidade, é suficiente que haja o direito incontestável ao ganho. E, no caso da incorporação de ações, surge para o acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas, incontestavelmente, a disponibilidade sobre as ações recebidas da incorporadora. Ditas ações passam a integrar o patrimônio do acionista da subsidiária integral, já que este passa a fruir do seu valor agregado.

E mais, vale registrar que no âmbito da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações (ou quotas) da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real (não há identidade entre os atributos das participações societárias na incorporada e na incorporadora), nem de permuta (o elemento preço se faz presente). Assim, a diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável.

Diga-se, por oportuno, que esse posicionamento vem prevalecendo neste colegiado, consoante se denota dos acórdãos 9202-005.533, de 27/6/17 e 9202-008.371, de 21/11/19, assim ementados:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

Ainda sobre o tema, valho-me das razões de decidir do voto vencedor do acórdão 9202-008.371, prolatado na sessão de 21/11/19, de cujo julgamento participei. Confira-se, na parte que importa ao assunto:

[...]

Desse modo, para o acionista a incorporação de ações acarretaria tão-somente a substituição das ações de uma empresa por ações de outra empresa, inexistindo qualquer acréscimo patrimonial característico de uma alienação de bens, na medida em que há verdadeira sub-rogação, que não seria passível de tributação. Infere que, mediante a interpretação do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, o efeito da incorporação de ações é de mera sub-rogação real das ações da sociedade incorporada pelas ações da incorporadora.

Nos termos da peça recursal, no caso concreto analisado nos autos, houve apenas a substituição das ações da MD1 pelas ações da DASA, sem qualquer alteração no custo de aquisição dos acionistas da MD1 e tampouco qualquer variação no patrimônio de tais acionistas, que apenas substituem um determinado ativo por outro de mesmo valor.

Aduz ainda o Recorrente que, no que se refere ao regime de tributação aplicável a pessoas físicas residentes no Brasil, de acordo com o determinado pelo art. 2º da Lei nº 7.713/1988, tem-se que é aplicável o regime de caixa e que, para os contribuintes

sujeitos ao regime de caixa, o acréscimo patrimonial deve ser verificado mediante a ocorrência de efetivo ingresso de dinheiro em caixa, isto é, na disponibilidade econômica, fato esse que inexistiu na incorporação das MD1.

As matérias em discussão têm sido objeto de muitas discussões nesta Câmara Superior de Recursos Fiscais e o entendimento que tem prevalecido é pela possibilidade de tributação do ganho de capital na incorporação de ações e de que isso não representa qualquer desobediência aos dispositivos legais que estabelecem a observância do regime de caixa em se tratando de tributação de pessoas físicas pelo IRPF. Nesse sentido, tem-se o Acórdão nº 9202-005.534, de 27/06/2017, da lavra do Ilustre Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Vejamos o teor da ementa do citado julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 08/07/2009, 18/08/2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Seguindo a mesma linha da decisão acima referida, sirvo-me do voto da Ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, proferido no Acórdão nº 9202-003.579, de 3/03/2015, de sua relatoria, no qual são enfrentadas as mesmas questões abordadas no Recurso Especial ora analisado, e reflete o meu entendimento a respeito do tema:

Assim, de plano cabe assentar que a operação ora tratada é a incorporação de ações, prevista no art. 252, da Lei nº 6.404, de 1976, afastando-se desde já

qualquer associação com a operação de incorporação de empresa, que não foi objeto do Auto de Infração. Com efeito, as peças processuais em momento algum apontam para qualquer associação ou eventual confusão envolvendo a operação atuada com a operação de incorporação de empresa.

Feitas estas considerações, verifica-se que a tributação do Imposto de Renda envolve uma série de incidências, legalmente previstas, cuja matriz encontra-se no art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

(...)”

O dispositivo legal acima não deixa dúvidas acerca da abrangência da tributação do Imposto de Renda, abarcando qualquer evento que se traduza em aumento patrimonial, independentemente da denominação que seja dada à operação ou ao ganho. Nesse passo, resta cristalino que a exclusão da tributação pelo Imposto de Renda, de qualquer acréscimo patrimonial, tem de estar prevista em lei, já que a regra geral é a tributação.

Seguindo esta linha, a Lei nº 7.713, de 1988, assim dispõe:

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

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

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

(...)” (Grifou-se)

Assim, na esteira da determinação da Lei Complementar, a Lei Ordinária buscou abarcar todas as operações que importam em alienação, inclusive arrematando o rol do § 3º com a expressão “contratos afins”, deixando claro que a relação ali contida não se esgota. Mais ainda, a Lei Ordinária claramente determina que se deve buscar a essência material dos eventuais ganhos, independentemente da denominação que lhes seja atribuída.

No caso em apreço, a operação objeto do Auto de Infração foi a incorporação de ações, da empresa MD1 Diagnósticos S.A. (MDI) pela Diagnósticos da América S.A. (DASA), ao abrigo do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, que estabelece o seguinte:

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 de capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto da metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

Do exame das disposições legais acima, constata-se que a MD1 tornou-se subsidiária integral da DASA e que, como evidenciado no Relatório Fiscal, a operação realizada resultou em aumento no patrimônio do Sujeito Passivo. A respeito desse assunto, convém retomar as considerações feitas pela r. Conselheira:

Com efeito, não existe regra-matriz de incidência de Imposto de Renda que contemple, específica e literalmente, o ganho eventualmente obtido na operação de incorporação de ações. Entretanto, isso não significa que a operação se encontre a salvo da tributação, já que também não existe norma legal excluindo ou isentando da tributação tal operação. Assim, resta perquirir se, na esteira da Lei Complementar, bem como do § 4º, do art. 2º, da Lei nº 7.713, de 1988, acima transcrito, o ganho obtido na operação de incorporação de ações, na sua essência e materialidade, estaria contemplado em regra-matriz de incidência do Imposto de Renda.

Para tanto, é necessário que se abstraia a denominação “incorporação de ações”, constante do artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, cuja impropriedade foi

inclusive remarcada pela doutrina, aqui representada por Fran Martins, cujo texto foi colacionado na peça de autuação:

“(...) apesar de falar a lei em incorporação (que na realidade não é), permanece existindo a sociedade que se converte em subsidiária integral, pois na verdade as suas ações são transferidas pelos acionistas para a sociedade controladora, recebendo esses acionistas, da primeira sociedade, em troca de suas ações, ações da controladora.” (Martins, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4ª edição, revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.040)

No situação em tela, houve o aumento de capital da DASA, sociedade incorporadora das ações, com a transferência das ações representativas desse aumento pelos acionistas da MD1, que se tornou subsidiária integral DASA, de conformidade com o art. 252 da Lei nº 6.404/1972.

No caso, o pagamento não foi feito em espécie e sim por meio de ações. Apesar disso, não restam dúvidas de que ocorreu alienação, tendo em vista que a DASA adquiriu dos sócios da MD1 todas as ações dessa última empresa e pagou o preço ajustado por meio de ações de sua emissão.

Nesse sentido, insta reproduzir o seguinte trecho do Relatório Fiscal:

92. O PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DE MD1 DIAGNÓSTICOS S.A. POR DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A. (doc. 703) informa que o aumento do capital social da DASA foi de R\$ 1.832.043.519,75. Por este valor foram incorporadas ao patrimônio da DASA as ações da MD1. Este é o valor total das ações emitidas pela DASA e entregues aos até então acionistas da MD1, nas proporções de suas participações nesta. Este é o valor da transmissão, o preço efetivo de operação, assim negociado pelas partes no Memorando de Entendimentos:

Relação de Troca: A relação de troca entre as ações da MD1 e as ações da DASA será definida quando da assinatura da Documentação Final pertinente, sendo certo que o valor econômico da MD1 deverá representar 26,36% (vinte e seis inteiros e trinta e seis centésimos por cento) do capital social da DASA, em bases diluídas (fully diluted basis) ("Percentual") após a Incorporação e a aquisição de Quotas dos Acionistas MD1 descrita no Anexo I (...)

Para fins de cálculo do valor econômico da DASA e que servirá de base para a emissão das novas ações decorrentes da Incorporação, será utilizado a cotação média ponderada por volume das ações da DASA conforme vier a ser determinado no protocolo de incorporação.

[...] (Grifou-se)

Sobre situação de mesma natureza, retoma-se a explanação da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, no voto proferido no Acórdão nº 9202-003.579:

Destarte, verifica-se que o negócio jurídico tipificado no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, embora seja denominado “incorporação de ações”, trata-se, na sua essência, de uma modalidade de alienação, materializada pela transferência de ações, dos sócios daquela que passará a ser subsidiária integral, para a empresa incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens.

Em contrapartida a incorporadora, ao invés de numerário, paga o respectivo preço também em ações. Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho, conforme os dispositivos legais já colacionados, constantes da Lei Complementar e da Lei nº 7.713, de 1988.

Nesse sentido, compulsando-se a legislação referente à tributação de operações envolvendo participações societárias, verifica-se que o art. 23, da Lei nº 9.249, de 1995, é aplicável à espécie, já que estabelece:

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

Concluindo, a operação ora analisada, por todos os argumentos esposados, encontra-se efetivamente sob a incidência do Imposto de Renda, portanto cabível a exigência contida no Auto de Infração, ressaltando-se que a desqualificação da penalidade não mais se encontra em discussão

(...)

O entendimento ora esposado foi explicitado por Luís Eduardo Schoueri, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito nº 200 (“Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários”, pp. 59/60 e 66/67):

“Ante o exposto, concluímos que a incorporação de ações é:

i) um negócio típico do Direito Societário, voltado à concentração empresarial;

ii) que se operacionaliza mediante:

a) o aumento de capital da sociedade “incorporadora”, em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;

b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade ‘incorporada’, também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma autorização para fazê-lo no lugar dos acionistas;

iii) que apresenta os seguintes efeitos:

a) alienação das ações da ‘incorporada’, a título de integralização do capital da ‘incorporadora’; b) transformação dos sócios da ‘incorporada’ em sócios da ‘incorporadora’; c) conversão da ‘incorporada’ em subsidiária integral da ‘incorporadora’.

(...)

Como acima evidenciado, na incorporação de ações, existe uma verdadeira alienação (disposição do direito de propriedade) das ações da sociedade ‘incorporada’. Logo, ventuais diferenças entre o valor de alienação de tais ações e o respectivo custo poderiam gerar a apuração de ganho (se positiva a diferença) ou perda (se negativa a diferença) de capital. O ganho de capital seria tributável para ambas as espécies de acionistas

(...)

Com relação ao tratamento fiscal a que se submete o acionista pessoa física na incorporação de ações, uma evidência da compatibilidade entre a apuração de

ganho de capital e o conceito de renda é oferecida pelo artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, que, ao que nos consta, nunca teve sua legalidade ou inconstitucionalidade questionada, muito menos declarada:

(...) Veja-se que interessante: o dispositivo acima transcrito alude à transferência de bens a título de integralização de capital. Na incorporação de ações, ocorre uma subscrição de capital com bens sujeita a regime extraordinário. O artigo 23 da Lei nº 9.249/1995 não esclarece ser aplicável apenas a conferência de bens que segue à risca os artigos 7º a 10 do Estatuto do Anonimato, nem que ele não se aplica nos casos em que as pessoas físicas são representadas, ainda que indiretamente.

Dessa feita, o artigo acima trazido à colação poderia ser aplicado aos casos de incorporação de ações. Mas, mesmo que se concluisse não ser possível essa aplicação direta desse dispositivo – cujo escopo não foi o de criar hipótese de tributação de ganho de capital, mas permitir o diferimento da tributação desse ganho, mediante a transferência de bens a valor contábil – ele nos mostra que, aos olhos da legislação, é admitida a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado na troca de um bem por ações ou quotas de uma empresa.”

E ainda Fran Martins:

“Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima existente em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não em dinheiro mas com as ações dos acionistas da sociedade a ser incorporada.” (Martins, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4ª edição, revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.040)

Assim, de acordo com o voto da Ilustre Conselheira, que atualmente reflete o entendimento que tem prevalecido neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, concluiu-se que o imposto sobre a renda incide sobre a operação de alienação de ações. Importa salientar que aquele processo retrata contexto fático de idêntico teor ao delineado nos autos. Em vista disso, compete retomar a explanação contida no indigitado voto:

(...) a incorporação de ações, na sua essência, caracteriza uma alienação, sujeita à incidência de Imposto de Renda, quando apurado ganho de capital, como ocorreu no caso em exame.

Ainda assim, os principais argumentos que sustentaram a tese do Contribuinte serão enfrentados, a saber:

- a suposta posição de passividade do Contribuinte, no caso de incorporação de ações;*
- a ausência de circulação de numerário e a suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa;*
- a identificação da operação de incorporação de ações com a sub-rogação real ou a permuta.*

Quanto ao primeiro argumento, observa-se que a alegada passividade do sócio da empresa cujas ações são incorporadas é bastante discutível, já que, ao ingressar em uma sociedade empresarial, o sócio automaticamente está concordando com a sistemática de adoção de decisões majoritárias, o que obviamente implica na aceitação de que eventualmente possa se encontrar em

situação minoritária. Ademais, para o sócio dissidente sempre existe o direito de retirada, garantido no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas.

(...)

Nesse sentido, manifesta-se a doutrina Luís Eduardo Schoueri, em artigo já citado no presente voto (pp. 57 e 67):

“Ainda que tivesse alguma relevância a investigação acerca da vontade específica dos acionistas quanto à incorporação de ações (o que se cogita apenas para argumentar), não se poderia afirmar que tal vontade seria ausente. Acerca da maioria, poder-se-ia dizer (embora impropriamente) que eles concordariam com a transferência das ações, já que teriam votado favoravelmente à sua conclusão. E quanto à minoria, haveria de se levar em conta a previsão, no parágrafo 2º do artigo 252, do direito de retirada. Uma vez não exercido esse direito, seria presumível a aceitação da operação pelos acionistas dissidentes (o negócio jurídico também se forma pelo ‘comportamento concludente’).

(...)

Mencione-se, ainda, que não há óbice à conclusão acima apresentada na alegação de que não seria cabível a apuração de ganho de capital na incorporação de ações em razão de a transferência das ações da sociedade ‘incorporada’ darse de maneira alheia à vontade do acionista. Como já demonstrado, não concordamos com a afirmação de que faltaria vontade na operação. Na incorporação de ações, há alienação, o que é suficiente para o surgimento do ganho, independentemente da natureza do negócio.”

Quanto ao argumento, no sentido de que não haveria ganho na operação ora tratada – ausência de circulação de numerário e suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa – o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, que é dirigido às Pessoas Físicas, quando se refere à integralização em bens, não deixa dúvidas sobre a possibilidade de tributação pelo Imposto de Renda, mesmo sem que ocorra a circulação de numerário.

Ainda que assim não fosse, o art. 43 do CTN é claro, no sentido de que qualquer disponibilidade – econômica ou jurídica – caracteriza a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, sem a exigência de que haja fluxo financeiro. Assim, para que se caracterize a disponibilidade, é suficiente que haja o direito incontestável ao ganho. E, no caso da incorporação de ações, surge para o acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas, incontestavelmente, a disponibilidade sobre as ações recebidas da incorporadora. Ditas ações passam a integrar o patrimônio do acionista da subsidiária integral, já que este passa a fruir do seu valor agregado.

No entender do Contribuinte, as características acima, já rechaçadas no presente voto, conduziram à identificação da operação de incorporação de ações com uma subrogação real derivada de lei, ou com uma simples permuta. Entretanto, tais associações não resistem a uma análise mais profunda. Quanto à identificação da incorporação de ações com uma sub-rogação real, esta não se sustenta, já que, conforme o próprio trecho colacionado pelo Contribuinte, excerto do voto condutor do acórdão recorrido, com tal sub-rogação “opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído”. Ora, de plano constata-se que a incorporação de ações não se amolda a tal definição, já que o dispositivo legal que a prevê em momento algum aponta para uma relação de substituição absoluta, muito menos para a manutenção da mesma natureza jurídica ou o mesmo regime jurídico do bem substituído. A título de exemplo, a própria classe das ações poderia ser diferente, após a incorporação. A impropriedade de tal

comparação foi inclusive registrada por Luís Eduardo Schoueri, em obra já citada no presente voto (p. 52):

“Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas. Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de ‘B’ deveriam ser consideradas como ações de ‘A’. Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia ‘incorporada’, como as da ‘incorporadora’, são tratadas em si e por si. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de ‘B’ não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de ‘A’, o que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta.”

No que tange à identificação da operação de incorporação de ações com uma permuta, com vistas a alijá-la da tributação pelo Imposto de Renda, lembre-se de que tal operação encontra-se inserida no rol daquelas que importam em alienação, constantes do § 3º, do art. 3º, da Lei nº 7.713, de 1988. Entretanto, a operação prevista no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas, como já demonstrado no presente voto, trata-se de subscrição de capital, e como tal, pressupõe a estipulação de um preço, expresso em moeda, o que a afasta definitivamente do conceito de permuta, no sentido de simples troca, como quer o Contribuinte. Com efeito, no caso em apreço, o valor das ações recebidas da incorporadora em muito superaram o valor das ações incorporadas, o que por si só já evidencia o ganho de capital, sem qualquer justificativa legal para que não seja tributado pelo Imposto de Renda. Na espécie, cabe aqui reiterar a doutrina de Modesto Carvalhosa, cujo texto foi colacionada na peça de autuação:

“(…) os controladores, voluntariamente, e os minoritários (que não exercitem o direito de recesso), compulsoriamente, adquirem ações da incorporadora, tendo como moeda de pagamento as ações de emissão da incorporada, de sua propriedade. Assim, não há troca ou permuta, como se poderia concluir numa primeira impressão. Os acionistas da incorporada subscrevem o aumento de capital da incorporadora com suas ações de emissão daquela. (...) No mais, trata-se de um aumento de capital da incorporadora, mediante conferência de todas as ações de emissão da incorporada.” (Carvalhosa, Modesto, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4º Volume, Tomo II, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011, PP. 173)

Em relação ao Parecer da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que conteria manifestação favorável acerca da inexistência de alienação na incorporação de ações e ao Parecer Normativo CST nº 39/81, acolho as razões trazidas no Acórdão nº 9202-005.534, as quais transcrevo e adoto como razões de decidir:

Além disso, quanto a existência de sub-rogação invocada no recurso especial com base em: Parecer Normativo CST nº 39/81 e Parecer CVM, no Processo RJ-2014- 2584, salienta-se que, no caso do primeiro, tratava-se de fusão, incorporação ou cisão de empresas e não de incorporação de ações, ou seja, uma universalidade patrimonial. Já o Parecer CVM, para um determinado processo, serve apenas como argumento, pois não implica qualquer vinculação neste processo fiscal, valendo não mais do que os argumentos doutrinários e de julgados trazidos em sentido contrário, seja pela conselheira Maria Helena em seu percuente voto, seja pela Procuradora em suas contrarrazões.

Pelo exposto, VOTO por NEGAR provimento ao recurso.

Destarte, uma vez definido que a incorporação de ações constitui-se em forma de alienação, sendo passível de tributação pelo imposto de renda a título de ganho de capital, temos de enfrentar a alegação de isenção.

Na solução dessa questão, cabe observar o entendimento fixado no Ato Declaratório PGFN nº 12, de 2018, comunicando a aprovação do Parecer SEI nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, vejamos:

ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 12 , DE 25 DE JUNHO DE 2018

(Publicado(a) no DOU de 27/06/2018, seção 1, página 24)

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do PARECER SEI Nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 22 de junho de 2018, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes:

“nas ações judiciais que fixam o entendimento de que há isenção do imposto de renda no ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias adquiridas até 31/12/1983 e mantidas por, pelo menos, cinco anos, sem mudança de titularidade, até a data da vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, não sendo a referida isenção, contudo, aplicável às ações bonificadas adquiridas após 31/12/1983 (incluem-se no conceito de bonificações as participações no capital social oriundas de incorporações de reservas e/ou lucros).”

JURISPRUDÊNCIA: REsp 1.133.032/PR, AgRg no REsp 1.164.768/RS, AgRg no REsp 1.231.645/RS, REsp 1.659.265/RJ, REsp 1.632.483/SP, AgRg no AgRg no AREsp 732.773/RS, REsp 1.241.131/RJ, EDcl no AgRg no REsp 1.146.142/RS e AgRg no REsp 1.243.855/PR.

FABRÍCIO DA SOLLER

O entendimento em tela tem sido seguido pela 2ª Turma da Câmara Superior inclusive em relação às ações bonificadas, conforme evidencia a seguinte ementa:

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

Exercício: 2008

RECURSO ESPECIAL. ART. 67 DO RICARF. COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. Deve ser conhecido o Recurso Especial de Divergência quando restar comprovado que, em face de situações equivalentes, a legislação de regência foi aplicada de forma divergente, por diferentes colegiados.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DIREITO À ISENÇÃO. AÇÕES E BONIFICAÇÕES ADQUIRIDOS DENTRO DO PRAZO LEGAL. A alienação de ações recebidas, após 31/12/1983, a título de bonificação, sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda sobre o ganho de capital, não sendo, portanto, abrangida pela regra isentiva presente no art. 4º, d, do Decreto-Lei 1.510, de 1976.

É aplicável ao caso o art. 111 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a legislação que outorga isenção deve ser interpretada literalmente, não se admitindo interpretação extensiva, ampliativa ou analógica.

Acórdão nº 9202-010.734 - CSRF / 2ª Turma

Logo, qualquer ação, mesmo a ação bonificada, recebida após 31/12/1983 se sujeita a incidência do imposto sobre a renda a título de ganho de capital.

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para excluir do lançamento as ações emitidas até 31/12/1983, mantidas por pelo menos cinco anos sem mudança de titularidade até a vigência da Lei 7.713/1988.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro