



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11516.723574/2018-01  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 2402-010.847 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 8 de novembro de 2022  
**Recorrente** SONIA REGINA HESS DE SOUZA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2015

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA.

Na incorporação de ações não há materialização do ganho de capital diante da ausência de disponibilidade de renda (princípio da realização da renda).

Eventual renda tributável existirá quando o contribuinte alienar as ações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso voluntário interposto. Vencidos os conselheiros Rodrigo Duarte Firmino, Francisco Ibiapino Luz e Márcio Augusto Sekeff Sallem, que negaram-lhe provimento. O conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem votou na reunião de dezembro de 2021. O conselheiro Diogo Cristian Denny não votou.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Francisco Ibiapino Luz (Presidente), Gregório Rechmann Junior, Rodrigo Duarte Firmino, Vinicius Mauro Trevisan e Márcio Augusto Sekeff Sallem.

**Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário em face do Acórdão nº 12-110.275, da 19ª Turma da DRJ/RJO (fls. 962 a 983), que julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve o crédito constituído por meio do Auto de Infração (fls. 897 a 902), relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF (cód. 2904), ano-calendário 2014, exercício 2015, no montante consolidado de R\$ 26.978.933,27, por ter sido apurado:

- **Omissão de ganho de capital** auferido pela recorrente na alienação de 662.944 ações de sua titularidade da empresa Dudalina S/A, mediante a incorporação de ações promovida pela empresa Restoque Comércio e Confeccões de Roupas S/A, em 21 de novembro de 2014.

Valor apurado: R\$ 82.326.369,31

Alíquota: 15%

Imposto devido: R\$ 12.348.955,39

Valor da multa de 75%: R\$ 9.261.716,54

Juros: R\$ 5.316.225,29

Total: R\$ 26.926.897,22

E;

- **Omissão de ganho de capital** auferido pelo espólio de Adelina Clara Hess de Souza, na alienação de 30.911 ações de titularidade da empresa Dudalina S/A, mediante a incorporação de ações promovida pela empresa Restoque Comércio e Confeccões de Roupas S/A, em 21 de novembro de 2014, lançada em nome da sucessora (ora recorrente – Sra. Sônia), proporcionalmente às 25.489,50 ações da Restoque recebidas de herança.

Valor apurado: R\$ 242.507,55

Alíquota: 15%

Imposto devido: R\$ 36.376,13

Multa: 0%

Juros: R\$ 15.659,92

Total: R\$ 52.036,05

A 19ª Turma da DRJ/RJO julgou improcedente a impugnação apresentada, nos termos da ementa abaixo (fls. 962 e 963):

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

Exercício: 2015

**NULIDADE. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA.**

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

**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.

**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.

**PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO.**

A compensação de créditos do sujeito passivo perante a Fazenda Pública com créditos tributários lançados de ofício segue rito próprio, estabelecido na legislação tributária, não sendo cabível a apreciação de tal pleito em sede de julgamento de impugnação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A contribuinte foi cientificada da decisão em 24/09/2019 (fl. 987) e apresentou Recurso Voluntário em 18/10/2019 (fls. 990 a 1.039) alegando, em síntese: a) preliminarmente, nulidade do lançamento por falta de fundamentação legal; b) no mérito, b.1) a não tributação da incorporação de ações; b.2) inaplicabilidade do art. 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95; b.3) o regime de caixa aplicável às pessoas físicas; b.4) a não tributação das operações de permuta; b.5) necessidade de aproveitamento do IR recolhido no ano-calendário 2016 e; b.6) impossibilidade de formalização da representação fiscal para fins penais.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

**Voto**

Conselheira **Ana Claudia Borges de Oliveira**, Relatora.

**Da admissibilidade**

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

**Das alegações recursais****1. Preliminar de Nulidade do Lançamento por falta de fundamentação legal**

Nos termos do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, quando a autoridade julgadora puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Disto, passo à análise do mérito.

**2. Do ganho de capital na incorporação de ações**

A recorrente aduz que a incorporação das ações da Dudalina pela Restoque (i) corresponde a uma sub-rogação real, com a substituição de um ativo por outro, na medida em que apenas as ações foram trocadas, não havendo qualquer alienação ou acréscimo patrimonial

por parte da Recorrente, bem como (ii) não se tratou de integralização de capital com bens em valor superior àquele declarado da Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) da Recorrente, capaz de fazer ensejar a consequência prevista no § 2º, do artigo 23, da Lei nº 9.249/95 (fl. 1.000).

A DRJ não acolheu a alegação da recorrente sob o fundamento de que a sub-rogação real decorre de previsão legal e não há disposição nesse sentido no art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) e, mesmo que houvesse previsão de sub-rogação real no art. 252 da Lei das S.A., não serviria de fundamento para a alegação de inexistência de alienação. A sub-rogação real pressupõe a substituição do bem. Em todo o caso, há transferência das ações incorporadas (fls. 973).

A Fiscalização apurou que a recorrente detinha ações da empresa **Dudalina S/A** que, antes da alienação parcial para fundos de investimentos e para a Restoque, pertenciam integralmente aos 16 filhos herdeiros de Adelina Clara Hess de Souza, de forma direta ou por intermédio de outras sociedades: **Villapar Participações S/A**, **Adropar Participações S/A** e **WP XI Participações IV S/A**.

Quando as ações da empresa Dudalina foram incorporadas pela empresa **Restoque Comércio e Confecções de Roupas S/A**, em 21/11/2014, a recorrente recebeu 8.746.714 da Restoque, subscritas pelo valor de R\$ 89.216.482,80 (8.746.714 ações x R\$ 10,20 = R\$ 89.216.482,80).

A autoridade fiscal apontou que, do exame da Declaração de Bens e Direitos da DIRPF/2015, localizou item relativo às 105.026 ações da empresa Adropar (participação societária anterior à reestruturação societária promovida em 30/10/14) e outro referente às 8.746.714 ações da Restoque.

Para a fiscalização, a recorrente corretamente excluiu do seu patrimônio as ações da empresa Adropar e incluiu as ações da Restoque; contudo, informou como valor das 8.746.714 ações recebidas da Restoque o valor das ações da Andropar (R\$ 6.890.113,49), quando deveria ter informado os R\$ 89.216.482,80 (acima mencionados), declarado o acréscimo patrimonial de R\$ 82.326.369,31 resultado da incorporação das ações da Dudalina pela Restoque (R\$ 89.216.482,80 - R\$ 6.890.113,49 = R\$ 82.326.369,31) e apurado o respectivo ganho de capital.

Além disso, a autoridade fiscal informou que, na incorporação de ações da Dudalina ocorrida em 21/11/2014, o espólio da mãe da recorrente (fundadora da Dudalina) recebeu 407.832 ações da Restoque, que foram divididas igualmente entre os 16 filhos, ficando a recorrente com 25.489,50 ações da Restoque. Por esses fatos, lançou o imposto devido pelo espólio, proporcional às 25.489,50 ações da Restoque recebidas pela recorrente, que teriam acarretado ganho de capital de R\$ 242.507,55 (quadro demonstrativo às fls. 804), com exigência de R\$ 36.376,13 de imposto de renda, sem incidência de multa de ofício.

Cinge-se a controvérsia, portanto, à existência, ou não, de ganho de capital na operação de incorporação de ações.

#### **- Ganho de Capital**

O ganho de capital nada mais é do que a diferença positiva entre o valor de alienação de um bem ou de um direito e o respectivo custo de aquisição.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, 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.

Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins - art. 3º, § 3º, Lei nº 7.713/88.

Para a incidência do imposto de renda, basta o benefício do contribuinte por qualquer forma ou título, independente 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 - art. 3º, § 4º, Lei nº 7.713/88.

A redação original do art. 21 da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, informava que o ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeitava-se à incidência do imposto de renda à alíquota de 15%. Com as alterações dadas pela Medida Provisória nº 692/2015 e Lei nº 13.259/2016, passou a prever alíquotas de 15%, 17,5%, 20% e 22,5%.

No âmbito infralegal, a apuração e tributação de ganhos de capital nas alienações de bens e direitos por pessoas físicas estava regulada pela Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001. Nos termos do art. 3º, estavam sujeitas à apuração de ganho de capital as operações de: i) 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, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins; ii) transferência a herdeiros e legatários na sucessão causa mortis, a donatários na doação, inclusive em adiantamento da legítima, ou atribuição a ex-cônjuge ou ex-convivente, na dissolução da sociedade conjugal ou união estável, de direito de propriedade de bens e direitos adquiridos por valor superior àquele pelo qual constavam na Declaração de Ajuste Anual do de cujus, do doador, do ex-cônjuge ou ex-convivente que os tenha transferido.

### **- Imposto Sobre a Renda**

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece no art. 43 que o fato gerador do **imposto sobre a renda** é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; ou, de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Em comentários ao artigo, Luís Eduardo Schoueri e Roberto Quiroga Mosquera anotam que *não basta a existência de uma riqueza para que haja a tributação: é necessário que haja disponibilidade sobre a renda ou sobre o provento de qualquer natureza*<sup>1</sup>.

A disponibilidade econômica está relacionada ao acréscimo patrimonial e não confunde-se com a disponibilidade financeira, atrelada à imediata utilidade da renda. Abrangendo o dispositivo legal (art. 43 do CTN) tanto a disponibilidade econômica, como a

<sup>1</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da Tributação Direta da Renda. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: IBDT, 2021, p. 15.

jurídica da renda, prescindível que haja o efetivo ingresso financeiro para incidência do imposto sobre a renda.

Em respeito ao princípio da capacidade contributiva, para a válida incidência do imposto de renda, *o fato econômico (renda e proventos de qualquer natureza) deve indicar a existência de alguém em condições de contribuir para os gastos comuns do Estado*<sup>2</sup>. Ao seu lado, o princípio da realização da renda, expresso no *caput* do art. 43 do CTN, determina que o fato gerador do imposto de renda depende da efetiva disponibilidade econômica ou jurídica.

#### **- Incorporação de Ações**

A incorporação de ações, tratada no art. 252 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das S/A), é a operação pela qual uma companhia integraliza todas as ações do capital social de outra companhia, convertendo-a em subsidiária integral.

Nessa operação, que tem como partes as empresas, e não os seus sócios, a totalidade das ações da empresa incorporada é transferida para o patrimônio da incorporadora, com a consequente conversão em subsidiária integral.

Alberto Xavier explica que não ocorre *a transmissão de um patrimônio líquido global, como universalidade, mediante sucessão a título universal, mas simplesmente uma operação que tem por objeto, não a totalidade de um patrimônio, mas tão somente a totalidade das ações do capital de uma companhia pré-existente*<sup>3</sup>.

Não confunde-se com a incorporação de sociedades (tratada no art. 227 da Lei das S/A), vez que nesta há a absorção do patrimônio da sociedade incorporada, que é extinta; ao passo que, na incorporação de ações, as duas sociedades continuam existindo e a incorporada torna-se subsidiária integral da incorporadora.

Ponto essencial para analisar a ocorrência do ganho de capital é a definição quanto à natureza jurídica da operação de incorporação de ações, alvo de constante divergência na doutrina tributária que divide-se entre ser uma espécie de alienação, com aumento de capital; ou, apenas substituição de ações por sub-rogação real, sem a alienação das ações incorporadas.

A corrente doutrinária liderada por Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Junior<sup>4</sup> entende que a operação consiste em alienação das ações pelo acionista da empresa incorporada gerando, por consequência, ganho de capital tributável em face do aumento de capital.

A corrente oposta, defendida por Ricardo Mariz de Oliveira<sup>5</sup>, entende que a operação não gera acréscimo patrimonial passível de tributação pelo imposto de renda, pois há mera substituição de bens no patrimônio do acionista, com efeitos de permuta, devendo o novo bem ser registrado pelo mesmo custo do bem anterior.

Não obstante os robustos e convincentes argumentos de ambas correntes, entendo que talvez devesse a operação, em terceira via, ser definida como instituto próprio, com as

<sup>2</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da Tributação Direta da Renda. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: IBDT, 2021.

<sup>3</sup> XAVIER, Alberto. Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). Sociedade Anônima: 30 anos da Lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119-143.

<sup>4</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. "Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários". Revista Dialética de Direito Tributário nº 200. São Paulo: Dialética, 2012, p. 44-72, 2012.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014.

devidas estruturas reguladas pela via legislativa, incluindo as consequências na esfera tributária, como a existência de ganho de capital na operação, momento de apuração e forma de cálculo.

Não é de hoje que Humberto Ávila<sup>6</sup> volta a nos lembrar da inegável preocupação com a segurança jurídica e a primeira premissa aqui vista é a de que, hoje, qualquer um que se sujeite a uma operação de incorporação de ações, seja pessoa física ou pessoa jurídica, estará ao desabrigo da segurança jurídica.

Quanto à ocorrência do fato gerador do IRPF, explicou a autoridade fiscal que “reside na incorporação de ações promovida em 21 de novembro de 2014, independentemente do fato de não ter havido o recebimento de recursos financeiros nessa operação de incorporação” (fl. 798).

Todavia, vislumbra-se que, na operação de incorporação de ações, não houve materialização do ganho de capital para a recorrente, diante da ausência de disponibilidade de renda (princípio da realização da renda).

A renda que a recorrente possa vir a ter quando da alienação das ações que incorporou nada mais é apenas uma “expectativa de renda”, que neste momento não é passível de tributação.

Nesse tocante, acertada síntese aparece nas palavras da Ramon Tomazela ao dizer que “o artigo 43 do CTN não autoriza a incidência do imposto de renda sobre os ganhos de detenção, exigindo que o acréscimo de valor em caráter potencial ou latente se torne **efetivamente disponível** para o seu titular por meio de um ato ou negócio jurídico (disponibilidade jurídica) ou mediante a ocorrência de mera apropriação econômico social (disponibilidade econômica)”<sup>7</sup>.

No Direito Comparado, o professor José Casalta Nabais reforça que o princípio da realização da renda, *tradicionalmente tem sido suportado em razões de natureza pragmática, ligadas à praticabilidade das soluções de tributação, mormente à falta de liquidez que enfrentariam os sujeitos passivos na tributação da generalidade dos rendimentos e ganhos verificados, que ainda não foram objecto de realização. O que poderia conduzir os contribuintes a terem de se desfazer de activos, alienando-os ou entregando-os ao Estado para pagarem os impostos, num quadro de maximização do “poder de destruir” que o poder tributário envolve.*<sup>8</sup>

De acordo com o professor, *importa assinalar que o resultado contabilístico e o resultado fiscal se reportam a realidades que não coincidem inteiramente ou são determinados de maneira algo diferente, em virtude de haver diferença entre patrimónios para a contabilidade e para a fiscalidade decorrente da aplicação territorial de regras jurídicas fiscais e da necessidade de evitar ou atenuar a dupla tributação jurídica e/ou económica. A que acresce a preocupação em a tributação atingir apenas os rendimentos e ganhos e gastos e perdas que se*

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>7</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. A Realização da Renda no Direito Tributário Brasileiro – Reflexões à luz do Direito Comparado. In: Direito Tributário - Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda - Estudo em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira”, ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. (Coords.). São Paulo: Editora IBDT, 2019, p. 212-241.

<sup>8</sup> Nabais, José Casalta. A Tributação das Empresas pelo Rendimento Real. RDTA 41. São Paulo: IBDT, 1º semestre, 2019, p. 547.

*encontrem realizados, atento o peso que o princípio da realização não pode deixar de ter no direito fiscal.*<sup>9</sup>

Nesta mesma linha, Alberto Xavier menciona que, a tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá em caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho computado pela diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens<sup>10</sup>.

Ou seja, a tributação não ocorre no ato da incorporação, mas somente quando e se as ações forem vendidas.

Desse modo, até que haja uma efetiva alienação das ações da companhia incorporadora, só existe potencial ganho de capital. Ocorrendo a alienação futura, ocorre a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica da renda, atraindo a incidência do imposto sobre a renda, nos termos do art. 43 do CTN.

Como ressaltando, a incorporação ao patrimônio da recorrente é necessária por respeito ao princípio da capacidade contributiva pois, em caso contrário, haveria incidência da tributação em valor que a recorrente não dispõe.

Em janeiro de 2002, foi publicado o acórdão proferido pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais concluindo, no mesmo sentido desta Relatora, pela inexistência de ganho de capital na incorporação de ações, tendo em vista a inexistência de ganho patrimonial efetivo para o contribuinte. Confira-se:

(...) GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. REGIME DE CAIXA.

**A operação de incorporação de ações pode representar um ganho patrimonial ao contribuinte, entretanto, observadas as normas que regem a matéria o fato gerador do IRPF somente será apurado a partir do momento em que ocorrer a disponibilidade financeira do rendimento, sob pena de se tributar mera presunção de ganho, violando o princípio da capacidade contributiva.**

(Acórdão nº 9202-009.948, Relatora Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Sessão de 24/09/2021, Publicado em 17/01/2022).

No caso, apontou a Conselheira Relatora que “*O fato gerador (que gera a tributação) do Imposto de Renda da Pessoa Física é regido pelo regime de caixa e esse exige, além da disponibilidade jurídica ou econômica, a disponibilidade financeira do ganho auferido*”.

O Conselheiro João Victor Aldinucci, em voto irretocável proferido no Acórdão nº 9202-010.045 da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que pese ter sido vencido, apontou com precisão a inexistência de ganho de capital na operação. Peço vênias para transcrever o voto, que incluo como razões de decidir:

(...) A incorporação de ações concretiza-se mediante aumento de capital da sociedade incorporadora, subscrito e integralizado através da transferência da totalidade das ações da sociedade incorporada. Para efeito de tal subscrição e integralização, as ações de ambas as companhias são avaliadas por peritos nomeados pela assembleia-geral da

<sup>9</sup> Nabais, José Casalta. A Tributação das Empresas pelo Rendimento Real. RDTA 41. São Paulo: IBDT, 1º semestre, 2019, p. 547.

<sup>10</sup> XAVIER, Alberto. Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). Sociedade Anônima: 30 anos da Lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119-143.

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

Portanto, há, sim, uma alienação (ou transferência das ações da sociedade incorporada). Veja-se, a propósito, que o art. 3º, § 3º, da Lei 7713/88<sup>11</sup>, fala em alienação a qualquer título, ao mesmo tempo em que descreve hipóteses meramente enunciativas de suas espécies, antecedidas da expressão “*tais como*” (“*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*”). Veja-se, ainda, que a lei utiliza a expressão “*contratos afins*”, revelando, assim, que o rol ali previsto não seria taxativo.

A questão, todavia, é verificar se tal alienação implica ganhos tributáveis e disponíveis para o acionista pessoa física. Ainda, e diante do que foi exposto acima, a incorporação de ações é um negócio jurídico típico, visto que precisamente definido e regulamentado pela lei, que não se confunde com a mera integralização de bens ou direitos ao capital da sociedade. A integralização é apenas uma das etapas da incorporação, mas que com ela não se confunde.

De outro vértice, e como será exposto adiante, a inexistência de disponibilidade econômica ou jurídica depende mais da verificação do regime de caixa aplicável à pessoa física e também da inexistência de renda realizada, do que da eventual existência de condições contratuais suspensivas, embora tais condições reforcem a inexistência de disponibilidade.

Como já afirmado, a existência de ganhos de capital pressupõe, inevitavelmente, diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição. Exemplificativamente, em sendo o valor de alienação igual ao custo de aquisição, não há ganho de capital, pois o resultado dessa operação aritmética é igual a zero. Por outro lado, se o valor de alienação é inferior ao custo, igualmente não há resultado tributável, pois tal resultado é negativo. Desta forma, somente pode ser identificada a base de cálculo do imposto se o valor de alienação for superior ao custo de aquisição.

Na incorporação de ações, o acionista da companhia incorporada entrega sua participação no capital para receber, em substituição/sub-rogação, ou troca, ou permuta, parte do capital da empresa incorporadora. Essa alienação ou entrega é feita exatamente pelo mesmo valor do custo de aquisição histórico das ações alienadas, inclusive porque, numa das etapas da incorporação (talvez uma de suas etapas finais, dentro de um ponto de vista cronológico), há mera permuta de ações da empresa incorporada por ações da empresa incorporadora (nos termos do § 3º do citado art. 252, os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem).

Não há, exclusivamente em relação à permuta, qualquer fluxo financeiro ou renda realizada e disponível, mas apenas recebimento de ações da empresa incorporadora em troca (ou substituição ou permuta) das ações incorporadas (insista-se, o encimado § 3º fala expressamente em recebimento de ações, óbvio que em substituição das ações incorporadas). No caso dos autos, e como se depreende do Termo de Verificação Fiscal, a parcela paga em dinheiro foi tributada como ganhos de capital, subsistindo controvérsia apenas em relação às ações incorporadas.

A reavaliação empreendida por peritos nomeados pela assembleia-geral da companhia incorporadora (reavaliação efetuada por terceiro contratado, o que inclusive afasta a constatação de um preço fixado pelas próprias partes, como usualmente ocorre nos demais negócios jurídicos tipificados no Código Civil brasileiro) é somente uma

---

<sup>11</sup> Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

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

exigência legal realizada para estabelecer uma relação justa de troca (número de ações e da participação proporcional no capital resultante), inclusive para não prejudicar os antigos acionistas da companhia incorporadora e os acionistas da sociedade incorporada. O fato é que a pessoa física alienante, a despeito de tal avaliação, mantém e deve manter inalterado o valor patrimonial dos bens ou direitos em sua declaração (DIRPF). Expressando-se de outra forma, as novas ações adquiridas têm o mesmo custo das ações incorporadas, **de modo que inexistente renda realizada e ganho de capital tributável.**

Há, portanto, mera mutação patrimonial sem qualquer fluxo financeiro: a pessoa física A era acionista da empresa B, titular de um valor patrimonial R\$ X, mas passa a ser acionista da empresa C, titular do mesmo valor patrimonial R\$ X. Embora seja feita uma reavaliação patrimonial por exigência da lei, o alienante não tem ganhos de capital realizados e tributáveis em relação à incorporação em si (ou seja, quanto à parcela de sub-rogação ou troca), subsistindo tais ganhos realizados apenas no tocante à parcela complementar em dinheiro. No presente caso, relembre-se que a parcela complementar em dinheiro foi tributada pela contribuinte como ganhos de capital.

Parece inquestionável, pois, que como o valor de alienação é igual ao custo de aquisição, e que como há mera mutação patrimonial sem fluxo financeiro e renda realizada e disponível em relação às ações em si, não há ganho de capital. **Dito de outra forma, inexistente ganho de capital sobre renda não realizada e não disponível.** O princípio da realização da renda está expresso no *caput* do art. 43 do Código Tributário Nacional, segundo o qual o fato gerador do imposto de renda depende da disponibilidade econômica ou jurídica. No Direito Comparado, esse princípio tem igual acolhimento, como se vê abaixo na doutrina do professor José Casalta Nabais, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

**Desde logo, importa assinalar que o resultado contabilístico e o resultado fiscal se reportam a realidades que não coincidem inteiramente ou são determinados de maneira algo diferente, em virtude de haver diferença entre patrimónios para a contabilidade e para a fiscalidade decorrente da aplicação territorial de regras jurídicas fiscais e da necessidade de evitar ou atenuar a dupla tributação jurídica e/ou económica. A que acresce a preocupação em a tributação atingir apenas os rendimentos e ganhos e gastos e perdas que se encontrem realizados, atento o peso que o princípio da realização não pode deixar de ter no direito fiscal.**

Um princípio que tradicionalmente tem sido suportado em razões de natureza pragmática, ligadas à praticabilidade das soluções de tributação, mormente à **falta de liquidez que enfrentariam os sujeitos passivos na tributação da generalidade dos rendimentos e ganhos verificados, que ainda não foram objecto de realização. Q que poderia conduzir os contribuintes a terem de se desfazer de activos, alienando-os ou entregando-os ao Estado para pagarem os impostos, num quadro de maximização do “poder de destruir” que o poder tributário envolve**<sup>12</sup>.

A tributação de ganhos de capital antes da realização da renda – já na própria incorporação das ações – assemelha-se à proposta do Professor Peter Kavelaars, da Universidade de Roterdã, que, em “*Accrual Versus Realization*”, propõe que o capital deva ser tributado anualmente pelo imposto antes mesmo da realização da renda (“*from a theoretical viewpoint I think that changes in capital should be taxed under the accrual concept. A decisive argument is that in any given year, anything that can be considered to be an increase of the beneficial ownership should be taxed. At the moment, everybody does certainly not share this view. For many people another necessary condition is that the capital gain can be used for commercial purposes, and for that realization is necessary*”<sup>13</sup>).

<sup>12</sup> Nabais, José Casalta. A Tributação das Empresas pelo Rendimento Real. RDTA 41. São Paulo: IBDT, 1º semestre, 2019, p. 547.

<sup>13</sup> KAVELAARS, Peter. Accrual versus realisation. In Essers, Peter; RIJKERS, Arie (org). The notion of income from capital. Amsterdã: IBFD, 2005, p. 143.

Esse tipo de tributação igualmente se assemelha à “*mark-to-market taxation*” (tributação de marcação a mercado), que consistiria em tributar os sócios ou acionistas numa base de cotação a mercado decorrente da apreciação ou depreciação das ações, mesmo inexistindo ganhos realizados<sup>14</sup>.

Como sabido, o direito brasileiro não contempla nenhuma dessas modalidades de tributação.

Ora, a tributação do capital antes de sua realização é incompatível com o Código Tributário Nacional, segundo o qual a incidência do imposto de renda pressupõe a existência de rendas ou proventos disponíveis e realizados (art. 43 do Código). É incabível a incidência do imposto apenas porque houve um aparente aumento do capital da recorrente, visto que tal aumento não foi realizado e, portanto, não está disponível. Assim como é descabido cogitar da tributação do capital em bases anuais e antes de sua realização, é igualmente descabido cogitar de sua tributação na incorporação de ações, pois em ambas as hipóteses inexistente renda realizada e disponível.

Imagine-se, exemplificativamente, (i) que a senhora A seja acionista da empresa Incorporada S.A. desde 1970, com capital registrado em sua DIRPF no valor de R\$100.000,00; (ii) que a senhora A viva basicamente de uma aposentadoria e dos lucros/dividendos que auferir dessa empresa; (iii) que por razões de mercado ambas as companhias aprovelem a incorporação da Incorporada S.A. pela Incorporadora S.A.; (iv) que as ações da senhora A sejam reavaliadas em R\$7.100.000,00, inclusive porque já transcorrido muito tempo desde a aquisição da participação societária da empresa incorporada.

Nesse exemplo hipotético, a senhora A teria, na visão do Fisco, um ganho tributável de R\$ 7.000.000,00, com imposto apurado de R\$ 1.050.000,00 (desconsiderando-se, para simplificar, a própria progressividade das alíquotas dos ganhos de capital). Desta forma, e diante da inexistência de recebimento de parcela complementar em dinheiro, a senhora A teria que vender parte de suas ações para quitar o imposto indevidamente apurado pelo Fisco (situação esta agravada pelo fato de que as suas ações foram avaliadas por laudo).

Veja-se que a pessoa física apenas participou de uma operação que implicou uma mutação no seu patrimônio e que ela não foi agraciada, no exemplo, com qualquer recebimento de parcela complementar em dinheiro que propiciasse o pagamento do imposto sem confisco de seus bens ou direitos (as ações/ativos/capital).

O correto, no entender deste conselheiro, é considerar que a senhora A passou ser acionista da empresa Incorporadora S.A. pelo mesmo valor histórico de R\$100.000,00, para ter ganhos de capital tributáveis quando vier a efetivamente alienar suas ações, total ou parcialmente. A acionista terá um baixo custo de aquisição de suas novas ações, de forma que o imposto, ora diferido por força da própria legislação tributária, terá um alto valor quando vier a ocorrer o seu fato gerador. Sobreleva ressaltar, nesse contexto, que a incidência do imposto de renda sobre os ganhos de capital na incorporação de ações fica diferido para o momento/tempo em que as novas ações vierem a ser alienadas, o que decorre do princípio da realização da renda.

Embora a incorporação seja uma operação típica, visto que especificamente regulada pelos art. 223 e seguintes da Lei das S.A., e não propriamente uma permuta, e embora o art. 19, V, da IN SRF 84/01, trate de permuta, observe-se que essa normativa é elucidativa a respeito das operações em que não há o recebimento de parcela complementar em dinheiro (ou, quando há parcela complementar em dinheiro, o ganho é exclusivamente apurado sobre a torna).

Tal dispositivo preleciona que no caso de permuta com recebimento de torna, considera-se valor de alienação o valor da torna. Mais ainda, o art. 19 trata do valor de alienação nas alienações de bens e direitos em geral (a citada Instrução disciplina os bens e

---

<sup>14</sup> AVI-YONAH, Reuven S. Pessoa Jurídicas, sociedade e o Estado: uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. RDTA 21. São Paulo: Dialética e IBDT, 2007, pp. 20/21.

direitos em geral e não há nenhuma restrição no art. 19 e nem mesmo no capítulo no qual ele está inserido).

No caso *in concreto*, é incontroverso que o recebimento de parcela complementar em dinheiro foi tributado, sendo que, em relação à permuta das ações, inexistente ganho de capital tributável e renda efetivamente realizada. Como razões de decidir, ainda transcrevo as conclusões de Ricardo Mariz de Oliveira acerca de tal temática, com as quais concordo integralmente:

- caso se entenda que a incorporação de ações não passa de um aumento de capital, mesmo assim não há ganho de capital tributável, inclusive conforme reconhecimento doutrinário e dos tribunais superiores [...];

**- não obstante, o aumento de capital ocorrente na incorporação de ações é mero meio, não fim, de um ato mais complexo cujo objetivo é transformar uma companhia em subsidiária integral de outra; isto ao contrário dos aumentos de capital, atos jurídicos internos de uma única entidade e com a única finalidade de capitalizá-la [...];**

- assim, como ato jurídico típico, a incorporação de ações representa um dos instrumentos legais que a lei oferece para a reestruturação empresarial ou combinação de negócios, unindo mais de uma pessoa jurídica, ao contrário do que se verifica nos simples aumentos de capital de uma única pessoa jurídica [...];

- igualmente ao que ocorre com outros atos jurídicos também distintos, como a incorporação de pessoa jurídica ou a cisão ou fusão, o ato de incorporação de ações necessita de aumento de capital, para que novas ações sejam entregues aos acionistas titulares das ações incorporadas [...];

- nestes outros atos, também há aumento de capital da sociedade incorporadora, e nem por isso se trata de simples aumentos de capital [...];

- como ato jurídico típico, e em decorrência da sua causa jurídica (sua função econômica e social), a incorporação de ações acarreta, no patrimônio dos acionista, a mera substituição das suas ações por ações da companhia incorporadora, emitidas no ato para este fim [...];

- a substituição das ações não gera ganho de capital tributado, por se tratar de simples troca de um título por outro, que não pode ter outro custo além do custo das ações incorporadas, uma vez que os acionistas não despendem qualquer outro valor para passarem a ser donos das novas ações [...];

- a substituição das ações produz efeito jurídico e econômico igual ao de outro negócio jurídico típico, que é a permuta de bens [...];

- na permuta de bens sem torna não há possibilidade de o bem recebido ter custo diferente do custo do bem dado [...];

- tanto na substituição de ações quanto na permuta, além de que o custo não tem como se alterar, não há ganho passível de tributação, mesmo que a ação ou o bem recebido na troca tenha valor maior do que o dado, pois se trata de ganho meramente potencial, dependente, para tributação, de haver efetiva realização, somente existente se, e quando, o novo bem for alienado por valor superior ao de custo, tal como ocorreria com o bem inicialmente detido, se não tivesse havido a sua troca por outro [...];

- a intributabilidade nessas operações decorre do princípio constitucional da capacidade contributiva, o qual, em se tratando do imposto de renda (e também da CSL), está refletido na definição do respectivo fato gerador, contida no art. 43 do CTN, no sentido de que ele corresponde à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou seja, à renda realizada [...];

- a intributabilidade de rendas não realizadas, mesmo que escrituradas, está reconhecida por doutrina de escol e pela jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, está refletida em várias normas da lei ordinária, destacando-se a que prescreve o diferimento

obrigatório da tributação, e também a norma que determina o diferimento da tributação de deságios na aquisição de participações societárias [...];

- a intributabilidade existente na incorporação de ações e nas permutas independe do valor atribuído às ações ou bens no respectivo ato, nem fica afetada por serem diferentes os valores nos patrimônios das partes envolvidas, pois cada um tem seu próprio custo de aquisição [...];

- além disso, nas duas operações não há preço de alienação, ainda que haja uma avaliação das ações ou bens envolvidos, necessária para se atender ao imperativo da comutatividade e, no caso da incorporação de ações, para estabelecer justa relação de troca (através de número de ações e da sua participação proporcional no capital resultante), inclusive sem prejuízo dos antigos acionistas da companhia incorporadora [...];

- qualquer eventual mais-valia da ação ou bem recebido, em relação ao custo de aquisição, não passa de valor econômico que a ação ou bem dado já carregava antes dos atos, mas que somente seria tributável quando alienado, e agora quando vier a ser alienado o bem recebido na troca [...];

- apesar de que a intributabilidade nessas operações corresponda à situação de não incidência tributária, a qual independe de norma expressa por decorrer negativamente da própria norma constitucional definidora da competência tributária, a não incidência sobre permutas está explicitada nos parágrafos do art. 65 d Lei n. 8383 [...];

- é errado supor que o art. 65 não se aplica às permutas porque se refere à entrega de títulos e outros créditos do Programa Nacional de Desestatização, erro este que decorre na inobservância de que esse dispositivo legal realmente trata dessas ações em pagamento, mas expressamente diz que o tratamento tributário devido a elas deve ser o mesmo que é aplicável às permutas [...];

- a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende todos os pontos acima, em parecer aprovado pelo Ministro da Fazenda que, por esta razão, é vinculante de todos os funcionários desse ministério [...];<sup>15</sup>

A par dos paradigmas e dos precedentes deste Conselho indicados nos recursos da contribuinte e solidário, cabe transcrever a seguinte ementa de julgamento emblemático do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. SOCIETÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE VALORES. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DE SE CONSIDERAR A HIPÓTESE COMO ALIENAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. DECISÃO POR MAIORIA. (...) 2. No caso dos autos, a parte autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte autora subrogaram-se nas novas ações, tendo sido matido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei das Sociedades Anônimas. (Lei . 6.404/76) 3. Hipótese em que a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Sociedades Anônimas, não está sujeita à incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações. 4. No caso, da análise da situação fática, da doutrina e da parca jurisprudência administrativa e judicial a respeito, pode-se chegar as seguintes conclusões: (a) a conversão em subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista tributário, e

<sup>15</sup> 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, pp. 201-203.

desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal; porém, legítima, tanto que não aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste; (b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76); (c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais valia decorrente da avaliação que, frise-se, decorre de imposição legal; (d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou em recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina que aderiu a maioria do colegiado, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio e não fim; (e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações. Não se aplica, por conseguinte, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/88, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal; (f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física. 5. Análise da situação sob a perspectiva da pessoa física. (...) 7. Sentença de procedência mantida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, por maioria, e, nessa linha, afastada a autuação fiscal. (TRF4, APELREEX 5052793-42.2011.4.04.7000, SEGUNDA TURMA, Relator para Acórdão OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, juntado aos autos em 12/10/2015)

Logo, devem ser providos os recursos.

Do exposto, concluo pelo provimento do recurso voluntário já que a incorporações de ações não gerou ganho de capital tributável pelo IRPF.

### **Conclusão**

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

**Ana Claudia Borges de Oliveira**