



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13856.000106/2009-31
ACÓRDÃO	2301-010.200 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	02 de fevereiro de 2023
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	JOSE ZELI
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Período de apuração: 30/04/2004 a 31/01/2007

RESTITUIÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Incumbe ao sujeito passivo a demonstração, acompanhada das provas hábeis, da composição e da existência do crédito que alega possuir. Não tendo o contribuinte apresentado documentação comprobatória de seu direito, não deve ser deferida a pretensão da recorrente, quando esse não apresenta as comprovações de seu direito por meio de documento hábil e idôneo.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. DECRETO-LEI 1.510/76. ISENÇÃO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. GOZO DO BENEFÍCIO NA PRIMEIRA ALIENAÇÃO.

São isentas da tributação sobre o ganho de capital as alienações de participações societárias adquiridas antes de 1º de janeiro de 1989, desde que o proprietário tenha permanecido por pelo menos cinco anos em posse dos ativos. O direito se extingue após primeira alienação dos ativos, por venda, incorporação de capital ou outra modalidade prevista na legislação. Alienações subsequentes não estão amparadas pela isenção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Wesley Rocha (relator) que votou por dar parcial provimento ao recurso, para determinar que a unidade preparadora formalize novo Despacho Decisório analisando o direito creditório em face da documentação apresentada com a manifestação de

inconformidade do recorrente. Designado para fazer o voto vencedor o conselheiro João Maurício Vital.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Flávia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Mauricio Dalri Timm do Valle, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado(a)), João Maurício Vital (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por JOSE ZELI, em razão de irresignação contra Acórdão de Manifestação de Inconformidade que não acolheu o pedido de restituição de créditos requeridos pelo contribuinte, referente ao pagamento indevido ou a maior de quotas de IRPF sobre ganho de capital apurado na alienação de participação societária.

Nesse sentido, o Contribuinte requer a restituição do imposto de renda no valor total de R\$ 470.019,65, em 20/06/2002, por considerar que teria isenção na operação sobre o ganho de capital auferido na venda de participação societária, ocorrida em meados de 2002; conforme a alínea “d”, do art. 4.º, do Decreto-lei n. 1.510/76.

Após não ter sido acolhida a tese de isenção para obter a restituição diante do despacho que denegou o direito creditório, bem como da decisão do Acórdão de inconformidade que não acolheu o recurso interposto, o recorrente vem a esse Conselho reiterar as razões de primeira instância, em especial aduzindo que a isenção tributária concedida pelo artigo 4.º, d, do Decreto- lei n. 1.510/76 permanece vigente mesmo após sua revogação pela lei n. 7.713/88.

Alega que a autoridade fiscal ignorou no presente caso a existência de isenção condicionada ou onerosa, cujo requisito à obtenção foi integralmente verificado ainda na vigência do Decreto-Lei 1510/76. A aludida norma de isenção determinava que a pessoa física que alienasse participação societária, depois de decorrido o período de cinco anos de sua subscrição ou aquisição, não sofreria a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital obtido.

Diante dos fatos narrados, é o breve relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

A Manifestação de Inconformidade é tempestiva, bem como é de competência deste colegiado. Assim, passo a analisar o mérito.

DA ALEGAÇÃO DE CRÉDITOS PARA RESTITUIÇÃO

A sistemática de restituição de débitos tributários no âmbito Federal foi alterada no ano de 2002 pela Lei n.º 10.637 (oriunda da Medida Provisória n.º 66, de 29 de agosto de 2002, com vigência a partir de 1º de outubro de 2002), que deu nova redação ao art. 74 da Lei n.º 9.430/96.

Trata o presente processo de pedido de restituição, realizado pelo contribuinte, a fim de obter valores creditórios decorrentes de uma operação de alienação de ações societárias, em meados de 2002. O requerente alega que, em 20/06/2002, alienou a totalidade das 2.020.500 quotas de sua titularidade no capital social de Adria Alimentos Brasil Ltda, apurando ganho de capital de R\$6.190.515,00, tendo recolhido imposto de renda nos anos de 2002 a 2007, sendo eles indevidos, uma vez que a partição societária teria decorrido do período de cinco anos de sua subscrição ou aquisição, da qual alega o recorrente que teria isenção reconhecida pelo artigo 4.º, do Decreto-Lei nº 1.510/76, mesmo com o advento da Lei n. 7.713/88, que teria revogado o referido dispositivo, entendendo que a isenção fornecida pelo regulamento anterior estaria ainda vigente em no ordenamento jurídico.

A decisão de manifestação de inconformidade concluiu que o contribuinte não faz jus à isenção prevista na alínea “d”, do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.510/76, pois ela não foi concedida a prazo certo e sob condição onerosa, conforme dispôs o CTN na redação atual do seu artigo 178.

O referido dispositivo incluía a operação de alienação de participações societárias no rol de fatos geradores do IRPF em seu artigo 1º, e listava as situações em que tal imposto não incidiria já no art. 4º do regulamento citado. Dentre estas últimas hipóteses, estava incluído o caso de alienação ocorrida após decorrido o período de 05 (cinco) anos entre a aquisição ou subscrição e a efetivação da venda

“Art 1º O lucro auferido por pessoas físicas na alienação de quaisquer participações societárias está sujeito à incidência do imposto de renda, na cédula “H” da declaração de rendimentos.

(...) Art. 4º Não incidirá o imposto de que trata o artigo 1º:

(...)

d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação.”

A Lei nº 7.713/1988, em seu art. 58, revogou expressamente tal disposição legal, conforme se verifica abaixo:

“Art. 58. Revogam-se o art. 50 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965, **os arts. 1º a 9º do DecretoLei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976**, os arts. 65 e 66 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, os arts. 1º a 4º do Decreto-Lei nº 1.641, de 7 de dezembro de 1978, os arts. 12 e 13 do Decreto-Lei nº 1.950, de 14 de julho de 1982, os arts. 15 e 100 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, o art. 18 do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, o item IV e o parágrafo único do art. 12 do Decreto-Lei nº 2.292, de 21 de novembro de 1986, o item III do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.301, de 21 de novembro de 1986, o item III do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.394, de 21 de dezembro de 1987, e demais disposições em contrário.

Ocorre que apesar da revogação, a conclusão não se enquadra na interpretação jurisprudencial. Em seu entendimento, o recorrente aduz que teria direito adquirido já que numa interpretação da Súmula 544, do STF, *in verbis*:

Súmula 544. “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”.

Essa compreensão leva em consideração o dispositivo do art. 178, do CTN assim transcrito:

“Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.”

Para que haja o direito a isenção deve ser atendidos os critérios de prazo certo e condições determinadas.

Em síntese, a discussão está centrada na existência ou não de direito adquirido instituída pelo ar. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei 1.510/7, em relação às ações integrantes de seu patrimônio por mais de cinco anos, nos termos do disposto no art. 4º citado, face às alterações introduzidas na legislação tributária das pessoas físicas pela Lei de nº 7.713 de 1988.

Ocorre que, a controversa sobre o tema foi debatida durante muito tempo nos julgados administrativos e judiciais em razão da revogação da citada Lei.

Quando as discussões surgiram sobre o tema diversos contribuintes contestaram o caráter oneroso da isenção proporcionada, da qual deveria aguardar a condição de cinco anos para vender as ações. Assim por exemplo, se um contribuinte tivesse adquirido ações societárias antes de 1988, após a venda ao prazo estabelecido pela norma, este teria direito adquirido e o benefício fiscal concedido se tivesse adquirido ações antes da revogação indicada.

Nesse sentido, está correto o contribuinte em alegar que a nova lei não afastou o direito adquirido, admitindo que aquele que já possuía ações antes da Lei ser revogada teria o direito ao benefício da norma isentiva, e não nas operações de aquisição de ações após a Lei

revogada. Ainda, coube ao poder judiciário decidir se após a data de revogação poderia ser concedido pelo período posterior da nova lei em vigor a possibilidade de conceder a referida isenção.

Assim, os contribuintes que foram obrigados pela norma isentiva em não negociar suas ações ao longo dos cinco e só podiam vender suas cotas e participações como benefício fiscal após esse período, tiveram que se socorrer ao poder judiciário para obter interpretação favorável ao caso concreto, referente à operação citada. Ainda, nesse quesito o poder judiciário reconheceu, como bem colacionado pela recorrente, a onerosidade nas operações de vendas das ações, relativo ao ganho de capital, e aos requisitos da Lei.

Após amplo debate e decisões que beneficiavam o contribuinte, bem como também favoreciam a interpretação da Receita Federal, a Câmara Superior de Recursos Fiscais alterou sua jurisprudência para concluir que "É ISENTO DO IMPOSTO DE RENDA O GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS ADQUIRIDAS SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº 1.510, DE 1976, E NEGOCIADAS APÓS CINCO ANOS DA DATA DA AQUISIÇÃO, AINDA QUE A TRANSAÇÃO TENHA OCORRIDO JÁ NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.713, DE 1988" (Acórdão 9202-007.152).

Nesse sentido, além das decisões desse Colegiado, as Turmas Ordinárias vêm, igualmente, entendendo que é possível conceder a isenção do IR na incidência do ganho de capital, preenchido os requisitos já citados, a exemplo dos Acórdãos 2201-004.453, 2402-006.603 e 2401-005.278.

Isso porque, o Ato Declaratório PGFN nº 12/18, aprovado pelo Ministro da Fazenda, acolheu o Parecer SEI nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, orientou para que a Fazenda deixa-se de recorrer e também impugnar demandas que tratassem sobre o presente caso da autuação, deliberando pelo seguinte:

"É FIRME O POSICIONAMENTO DO STJ DE QUE A ISENÇÃO CONFERIDA PELO ART. 4º, ALÍNEA "D", DO DECRETO-LEI Nº 1.510, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1976, É ISENÇÃO ONEROSA, HIPÓTESE EM QUE, NOS TERMOS DO ART. 178 DO CTN E DA SÚMULA 544 DO STF, NÃO PODERIA SER REVOGADA SE ATENDIDOS OS SEUS REQUISITOS, CONFIGURANDO-SE DIREITO ADQUIRIDO À ISENÇÃO".

A matéria tornou-se pacificada, principalmente porque houve ato declaratório devidamente assinado pelo Ministro da Fazenda.

Portanto, o recurso do contribuinte deve ser acolhido para que seja analisado o seu direito à restituição.

Entretanto, no caso dos autos, existe ainda outro debate: a questão de incorporação societária, da qual passo a analisar.

DA INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES

A decisão de piso traz uma peculiaridade ao caso concreto, senão vejamos:

(...)

Por fim, em complemento, deve-se ressaltar que a isenção prevista no artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510/1976, não pode ser empregada no caso em discussão pelo fato de que as quotas pertencentes ao autuado na sociedade empresária Pastifício Basilar Ltda.1, adquiridas até 31/12/1983, não faziam parte de seu patrimônio em 31/12/1995, pois já haviam sido incorporadas pela sociedade Canale do Brasil S/A, nos termos das cláusulas 3 e 6, “b”, da 3ª alteração do contrato social, registrada na Jucesp em 30/01/1996, fls. 209 a 245:

O contribuinte teria juntado documento denominado "Razões e Fundamentos do Pedido de Restituição", fls. 8 a 15, da qual demonstrava a evolução do capital social relativamente às quotas objeto do ganho de capital social, indicou que a sociedade Pastifício Basilar Ltda foi constituída em 03/12/1964 e que em 31/12/1995 a sociedade Canale Alimentos incorporou o Pastifício Basilar, passando a se denominar Basilar Alimentos.

Ocorre que, divirjo dessa interpretação dada pela decisão de primeira instância, a troca de ativos entre pessoas jurídicas, não indicou a perda do direito das ações e o suposto aumento de capital, já que a operação tende a ser complexa do ponto de vista operacional, contábil e fiscal, ou seja, deve haver uma avaliação pormenorizada da situação posta.

NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÕES

Cumprе destacar que a incorporação de ações tem como resultado uma alienação de ativos, em sentido amplo. A incorporação de ações serve para criar uma pessoa jurídica subsidiária integral, incorporando uma pessoa jurídica a outra. Para isso, é importante verificar a regulamentação legal.

Segundo consta do art. 227, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, da sociedade anônima, incorporação é “ a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

Já o artigo 1.116 do Código Civil diz que na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Existe aqui uma discussão doutrinária e jurisprudencial se nessa operação ocorre ou não uma transferência de ativos imobilizados. A divergência nessa operação é se de fato acontece uma **alienação ou sub-rogação real.**

A alienação é o ato pelo qual é transferida a titularidade da propriedade a outro interessado. É, portanto, uma forma voluntária da perda da propriedade (Art. 1.275, Código Civil. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: I - por alienação).

A sub-rogação real opera-se por meio da substituição da coisa, e que fica com os mesmos ônus e atributos da primeira, e que conforme o art. 346, do Código Civil, a sub-rogação ocorre quando:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

I - do credor que paga a dívida do devedor comum;

II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Verifica-se que tem-se pelo menos duas correntes doutrinárias sobre o tema.

A corrente patrocinada por Nelson Eizirik, alega a não ocorrência da alienação das ações nessa operação, uma vez que já que a incorporação de ações não se confunde com simples aumento de capital pela subscrição de novas ações ou da substituição delas entre as empresas envolvidas na operação.

"Verifica-se na operação de incorporação de ações uma substituição de ações. Os acionistas cujas ações foram incorporadas, independentemente de sua vontade, recebem ações da companhia incorporadora existindo no caso uma modalidade de sub-rogação".

(...)

"A sub-rogação de um bem por outro, pressupõe, necessariamente, a equivalência de valores. Dessa forma, na operação de incorporação de ações, não há alteração no patrimônio do acionista cujas ações foram substituídas por novas ações da sociedade incorporadora. Aos acionistas serão atribuídas novas ações cujos valores deverão corresponder exatamente à participação que previamente detinham na sociedade que deve suas ações incorporadas".

(in. *Incorporação de ações: Aspectos Polêmicos*. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 77-99.

Sob essa interpretação, opera-se, portanto, na incorporação a sub-rogação real legal já que é uma imposição prevista pela lei e opera uma substituição de ações, ocorrendo uma troca passiva e compulsória pelos acionistas/sócios, não havendo o ganho de capital.

Já a posição encapada por Modesto Carvalhosa entende que a operação, prevista na Lei da S.A., configura um aumento de capital integralizado, por meio das cotas sociais/ações da empresa. Segundo ele o negócio de incorporação de ações é ao mesmo tempo uma incorporação e uma alienação ficta:

(...) a ficção (i) da incorporação ocorre porque "não se incorpora uma sociedade em outra, na medida em que a incorporada subsiste como pessoa jurídica", e, (ii) da alienação, "porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à incorporadora, mas também as dos minoritários, num negócio sui generis, que lembra a expropriação do direito administrativo".

(CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*. 4º volume: tomo II: arts. 243 a 300: lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 - 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 172).

Com isso, me filio ao entendimento da corrente doutrinária que trata a operação como uma mera permuta ou sub-rogação real legal.

ASPECTO TRIBUTÁRIO E ECONÔMICO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO

O aspecto tributário diz respeito ao aspecto material da operação, onde houve o registro contábil da operação e demais procedimentos (forma de transferência das ações) que poderiam ser verificadas uma regra matriz tributária da possível grandeza identificada, se for o caso.

No aspecto econômico verifica-se, entre outros, os efeitos patrimoniais para os sócios, e verificar se houve ou não ganho de capital, a depender da identificação das operações fiscais e contábeis.

Nesse sentido, é necessário reforçar que a incorporação de ações e incorporação de sociedade são situações distintas. Com isso, a incorporação de sociedades configura uma acréscimo patrimonial capaz de atrair a incidência do imposto de renda no possível ganho de capital por meio de cotas sociais?

No que tange à incorporação de empresas, existe uma operação mais complexa que avalia questão contábil, econômica e tributária, já que existe a necessidade de aprovação em assembleia geral das incorporações, avaliações patrimoniais e também outros procedimentos para verificar o recebimento das ações de uma empresa para outra incorporada, da qual deve ser analisado o valor patrimonial, valor negociado, valor econômico, direitos e obrigações conferidos pela operação.

Por outro lado, o artigo 252, §1º, da Lei 6.404/76 estabelece que a assembleia deve estabelecer o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas:

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.

Inexiste dispositivo legal prevendo que haveria uma tributação nessa operação de incorporação de ações, ou que a incorporação de ações se assemelharia a uma alienação.

O artigo 31 do Decreto-Lei 1.598/77 diz que o ganho de capital é o resultado positivo na alienação, conforme transcrição do dispositivo abaixo:

Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.

De acordo com o que prescreve o § 4º do art. 117 do RIR199 (vigente na época dos fatos geradores), que tem por diretriz o § 3º do art. 30 da Lei nº. 7.713, 22 de dezembro de 1998, o IR incide no momento da aferição de ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza assim dispõe:

"Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº. 7.713, de 1988, arts. 22 e 39, § 22, e Lei nº. 8.981, de 1995, art. 21).

(....)

§ 4. 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 de 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 (Lei nº. 7.713, de 1988, art. 39, § 32).

Nesse sentido, verifica-se que o ganho de capital seria o resultado positivo da operação que teria sido incorporada. Contudo, entendo que no presente caso seria uma mera substituição do patrimônio, por identico valor, se esse for o caso dos autos. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos na incorporação haverá extinção da sociedade incorporada, mas não surgirá nova sociedade. Apenas a sociedade incorporada desaparecerá, e será sucedida em todos os direitos das obrigações pela sociedade incorporada (*in Direito Empresarial Esquematizado*, 2ª Ed. – Rio De Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2012, pág. 370).

O art. 227 da Lei 6.404/76, assim dispõe:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação

Como visto, constata-se que a empresa anterior nessa operação é totalmente extinta, segundo o art. 1.118 do Código Civil:

Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Logo, a operação se dá por meio de uma absolvição e não uma venda propriamente dita, inexistindo fluxo de recursos entre os ativos imobilizados, salvo se houver uma retirada dos sócios com efetivo pagamento e alienação das cotas sociais o que aí sim poderia surgir o ganho de capital, na venda e retirada de sócios o que não parece ser o caso dos autos, já que os sócios continuaram a permanecer nos quadros societários da empresa incorporada.

O artigo 224 da Lei 6.404/76, dispõe que as ações se darão em substituição não falando em transferência de titularidades:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

De igual forma a substituição é tratada pelo artigo 264, da mesma Lei, *in verbis*:

Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificativa, apresentada à assembleia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas.

É importante ressaltar novamente que inexistente uma norma para efeitos que a incorporação deva ser tributada de alguma maneira e que suas consequências jurídicas afetem a titularidade das cotas sociais dos sócios das empresas incorporada e incorporadora, e que entendo que houve a substituição do ativo mas mantendo a titularidade das cotas sociais.

Nesse sentido, poderia ter ocorrido também uma **permuta sem torna, não envolvendo transferência de recursos**, e que a tributação em tese deveria ser feita somente no

momento final da operação, onde ocorreria a efetiva alienação das cotas sociais ou ações, conforme interpretação dada pela Instrução Normativa SRF nº 107, de julho de 1988, que diz que

(...)

1.1 Para fins desta instrução normativa, considera-se permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades, ainda que ocorra, por parte de um dos contratantes o pagamento de parcela complementar em dinheiro aqui denominada torna.

(...)

2. Permuta entre pessoas jurídicas

2.1 Na permuta entre pessoas jurídicas, tendo por objeto unidades imobiliárias prontas, serão observadas as normas constantes das divisões do presente subitem.

2.1.1 No caso de permuta sem pagamento de torna, as permutantes não terão resultado a apurar, uma vez que cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.

Diante de todos os dispositivos, entendo que não há na incorporação de ações qualquer alienação do investimento, não ocorrendo o ganho de capital, já que o custo de aquisição do investimento não é alterado, não ocorrendo fluxo financeiro, salvo disposição expressa da assembleia e deliberação societária dos envolvidos. Ademais o sócio não recebe qualquer pagamento pelas cotas da reorganização societária.

A previsão de aumento da incorporação não se confunde com o aumento de capital na incorporadora, e custo poderá ser com cotas societárias.

Por outro lado, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em seu art. 13, §6º, possibilita que a tributação poderá ocorrer devida do valor justo do ativo recebido em permuta a medida da sua realização referente ao efetivo ganho:

Art. 13. O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

§ 6º No caso de operações de permuta que envolvam troca de ativo ou passivo de que trata o caput, o ganho decorrente da avaliação com base no valor justo poderá ser computado na determinação do lucro real na medida da realização do ativo ou passivo recebido na permuta, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 1º a 4º.

Mas essa situação tem que estar formalmente definida e deliberada e registrada como uma efetiva alienação e que de fato um ganho de capital a ser tributado, ao passo que na operação proposta os sócios minoritários não possuem poder decisório, e apenas tem que

informar em suas declarações a mudança dos títulos declarados inexistindo disponibilidade de renda.

Com isso, é importante lembrar que os artigos 109 e 110 do CTN que não é dado ao direito tributário respeitar os conceitos de direito privado:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Ademais, o artigo 108, §1º, proibi a tributação por analogia, ainda mais de uma operação que não tem previsão em lei de ser tributada.

A partir de 31/12/1995 o autuado passou a ser titular de quotas da sociedade incorporadora, e que no entendimento da decisão de piso não ocorrido o direito à isenção prevista no artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510/1976 em relação às quotas que deteve, num determinado momento, na sociedade empresária Pastifício Basilar Ltda., adquiridas até 31/12/1983.

Argumenta o interessado que a isenção tributária concedida pelo artigo 4.º, d, do Decreto-lei n. 1.510/76, permanece vigente mesmo após sua revogação, pois as pessoas físicas que já detinham participações societárias há cinco anos, quando adveio a Lei n. 7.713/88, tinham direito adquirido para se beneficiarem da não incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital. Argumenta também, que as alienações que antecederam a venda foram realizadas entre entes familiares e graciosamente, sem extrapolar os limites sanguíneos, restando intacto o direito à isenção. Alega, portanto, ser transmissível o direito adquirido.

A Receita Federal do Brasil em Solução de Consulta 224, de 14 de agosto de 2014, se posicionou pela tributação dessa operação, senão vejamos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF EMENTA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. PESSOA FÍSICA. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA.

Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 6.404, de 1976, art. 252; Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, arts. 2º, 3º, 16, 27 e 30.

O Acórdão 9202-003.579, da CSRF, de 01.06.2015, afastou a tributação nessa operação, determinando que na incorporação de ações opera-se a subscrição de capital de bens:

EMENTA. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008. IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da lei 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 assembleia 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 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da lei 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.

Portanto, como já dito, me filio à corrente de sub-rogação real e não de alienação ao presente caso.

Com isso, nas e-fl. 19 do processo verifica-se que a apuração do ganho de capital declarado pelo sujeito passivo no DIRPF do ano-calendário de 2002, ocorreu a alienação de participação societária, cujo valor da operação, custo de aquisição e imposto apurado estão ali discriminados, e informados pelo próprio contribuinte:

II - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA FORA DA BOLSA DE VALORES (Valores em Reais)

IDENTIFICAÇÃO DO ADQUIRENTE

CPF/CNPJ DO ADQUIRENTE 00.548.071/0001-23	NOME DO ADQUIRENTE Socma Alimentos do Brasil S.A.
--	--

ESPECIFICAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Nome da Sociedade 2.020.500 quotas de Adris Alimentos do Brasil Ltda.			
CNPJ 51.423.747/0001-93	Cidade São Caetano do Sul	UF SP	Data de alienação 20/06/2002
ESPÉCIE DA PARTICIPAÇÃO		QUANTIDADE ALIENADA	
Quota		2020500	

APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO

Quantidade de Quotas/Ações Alienadas	Custo Médio Ponderado/Unitário	Custo Total de Aquisição
2020500	1,0714	2.164.763,70

APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL

Valor de Alienação	Ganho de Capital - Resultado 1
8.355.278,70	6.190.515,00

ALIENAÇÃO A PRAZO
CONTROLE DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO

Mês	Valor Recebido	% do Ganho	Ganho de Capital Resultado 2
06	1.239.191,50	74,09	918.116,98

CÁLCULO DO IMPOSTO
CÓDIGO DE RECOLHIMENTO - 4600

Ganho de Capital	Imposto Devido
918.116,98	137.717,54

Assim, não ficou claro nos autos que as verbas não poderiam ser objeto de análise para restituição, já que o direito alegado pelo contribuinte realmente existe, e que por sua vez pode existir ou não direito creditório a seu favor, ou não. Isso porque ao analisar o pedido do contribuinte o despacho decisório somente se pautou pela não existência do direito, deixando de verificar os documentos apresentados pelo contribuinte.

Já que o direito de fato existiu e foi objeto de muito debate nos tribunais brasileiros, e o contribuinte preencheu parcialmente os requisitos do direito indicado, deve a administração verificar se de fato, com base na documentação apresentada, o crédito do contribuinte persiste ou não.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso interposto para dar parcial provimento ao recurso, para determinar que a unidade preparadora formalize novo despacho decisório analisando o direito creditório em face da documentação apresentada com a manifestação de inconformidade do recorrente.

(Assinado Digitalmente)

WESLEY ROCHA

Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheiro João Maurício Vital, Redator designado.

Em consonância com o relator, entendo que a aplicação obrigatória do Ato Declaratório PGFN nº 12/18, de força vinculante, implica afastar o fundamento do despacho decisório que denegou a restituição, sem que seu mérito fosse analisado. Porém, divirjo do relator quanto à reforma do acórdão recorrido e a determinação de que a autoridade preparadora analise novamente o pedido de restituição.

Percebo que o colegiado *a quo* se debruçou sobre os documentos acostados pelo contribuinte, analisou o mérito do pedido e concluiu (e-fl. 334), para além da questão do direito previsto no Decreto nº 1.510, de 1976, pela inexistência de direito creditório, porquanto as participações societárias adquiridas na vigência daquele decreto, ou seja, antes do advento da Lei nº 7.713, de 1988, já haviam sido alienadas em 31/12/1995, por meio da incorporação da empresa de que era sócio, Pastificio Basilar Ltda., pela empresa Canale Alimentos. Posteriormente, em 31/11/2000, a Canale Alimentos foi incorporada por Zabet S/A Indústria e Comércio.

Assim concluiu o acórdão recorrido:

A mencionada incorporação de quotas constitui uma forma de alienação em sentido amplo e, com efeito, o detentor delas as entregou para subscrição de capital e recebeu quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado.

Assim, se a partir de 31/12/1995 o atuado passou a ser titular de quotas da sociedade incorporadora, não há que se falar em direito à isenção prevista no artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510/1976 em relação às quotas que deteve, num determinado momento, na sociedade empresária Pastificio Basilar Ltda, adquiridas até 31/12/1983.

Pois bem. Segundo consta do documento apresentado pelo recorrente (e-fl. 158), o quadro societário da Pastificio Basilar era, em 01/08/1994, assim composto:

Sócio	Qtd. Quotas	Valor da Participação
Eldino Zeli	631.975	R\$ 631.975,00
José Zeli	631.976	R\$ 631.976,00
Renato Celestino	631.977	R\$ 631.977,00
Rubens Celestino	631.978	R\$ 631.978,00
TOTAL	2.527.906	R\$ 2.527.906,00

Analisando-se a alteração contratual da empresa Pastificio Basilar Ltda. (e-fls. 163 a 189), tem-se que, em 27/12/1995, os quotistas Eldino Zeli, Renato Celestino, José Zeli e Rubens Celestino venderam, cada um, 505.580 quotas da empresa a Canale Alimentos Ltda, e mantiveram consigo, cada um, 126.395 quotas. Ou seja, a sócia entrante, Canale Alimentos Ltda., passou a deter 80% do capital da Pastificio Basilar Ltda., enquanto que os 20% restantes ficaram com os sócios originais, cada um com 5% de participação societária.

Em relação às 505.580 quotas vendidas em 27/12/1995, não restam dúvidas de que ocorreu o fato gerador do imposto de renda sobre eventual ganho de capital e, portanto, a isenção prevista no Decreto nº 1.510, de 1976, teria se aplicado naquela ocasião. Registre-se que consta do instrumento (e-fl. 167) que os cedentes receberam o preço avençado pelas quotas vendidas e deram quitação.

Em 31/12/1995, a empresa Canale Alimentos Ltda. incorporou a Pastificio Basilar Ltda (e-fls. 213 a 215), cujo patrimônio foi avaliado em R\$ 32.830.000,00. As 126.395 quotas que cada um dos sócios pessoa física possuía foram avaliadas em R\$ 1.641.500,00 e foram absorvidas para aumento do capital da empresa. Em outras palavras, cada um dos sócios Eldino Zeli, Renato Celestino, José Zeli e Rubens Celestino passou a ter 1.641.500 quotas da empresa incorporadora, Canale Alimentos Ltda., ao valor de R\$ 1.641.500,00.

Nesse momento, 31/12/1995, ocorreu a alienação, pois, das 126.395 quotas remanescentes da participação societária que os sócios tinham na empresa Pastificio Basilar Ltda. Portanto, novamente ocorreu o fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital. Nessa ocasião, mais uma vez se aplicaria a isenção do Decreto nº 1.510, de 1976. Registre-se que as quotas passaram a integrar o patrimônio da incorporadora em valor muito maior do que o custo original, que era de R\$ 126.395,00 em 1994. Não consta dos autos que o ganho de R\$ 1.515.105,00 tenha sido tributado naquela ocasião.

Em resumo, o total das quotas da Pastificio Basilar Ltda. pertencentes ao contribuinte foram alienadas da seguinte forma:

- a) 505.580 em 27/12/1995 mediante a venda a Canale Alimentos Ltda., e
- b) 126.395 em 31/12/1995 mediante integralização de capital na incorporação da empresa por Canale Alimentos Ltda.

Segundo o recorrente, quando da incorporação da Basilar pela Canale, os titulares da incorporada teriam “trocado” suas participações em quotas da empresa incorporadora; assim, não teria ocorrido alienação. Isso não é verdade. Das 631.975 que possuíam, os cada um dos contribuintes vendeu 505.580 e as 126.395 restantes utilizaram para integralizar o capital da Canale Alimentos Ltda., e o fizeram a um valor muito maior do que o custo original. Não houve uma simples troca, mas verdadeira alienação das quotas mediante a integralização do capital de uma empresa da qual os contribuintes sequer eram sócios. Em outras palavras, a Canale Alimentos Ltda., de propriedade de Canale do Brasil S/A e Daniel Eduardo Sidero, admitiu os novos sócios, que integralizaram suas participações no capital mediante a entrega das quotas possuídas do Pastificio Basilar Ltda.

Como bem afirmado pelo próprio recorrente, a operação resultou em aumento de capital da empresa incorporadora, ou seja, equivaleu a uma integralização de capital. De fato, a integralização de capital é uma das formas de alienação de patrimônio prevista na legislação acerca do ganho de capital, especificamente na Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 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.

O recorrente confunde dois fenômenos societários distintos, a incorporação de ações e a incorporação da empresa.

A incorporação de ações é evento que transforma uma sociedade em subsidiária integral de outra, sem que a primeira seja extinta. Nesse caso, a sociedade incorporadora passa a ser única sócia ou acionista da sociedade incorporada, que não se extingue.

A incorporação da empresa é, consoante o art. 227 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, “é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, que foi exatamente o que ocorreu no presente caso. Nesse caso, a empresa incorporada deixou de existir e seus quotistas passaram a participar da sociedade incorporadora, integralizando parte do seu capital. Foi exatamente o que ocorreu, o que implica a hipótese de incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital, como estabelece o § 2º do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.

A sequência dos fatos demonstra claramente o momento em que os fatos geradores ocorreram:

- 1) Em 29/09/1995, foi constituída a sociedade Dois em Um Comércio de Alimentos Ltda. (e-fl. 192);
- 2) Em 29/12/1995, os sócios da Dois em Um Comércio de Alimentos Ltda. foram substituídos pela pessoa jurídica Canale do Brasil S/A e pela pessoa física Daniel Eduardo Sidero e a razão social da sociedade foi alterada para Canale Alimentos Ltda;
- 3) Em 30/12/1995, Daniel transferiu suas quotas da empresa Canale Alimentos Ltda. à empresa Canale do Brasil S/A; no mesmo ato, a Canale Alimentos Ltda. incorporou o Pastificio Basilar Ltda., admitiu, como sócios, Eldino Zeli, Renato Celestino, José Zeli e Rubens Celestino, cada um com participação de 5% no capital da empresa, e passou a ser denominada Basilar Alimentos;
- 4) Em 30/11/2000, a empresa Zabet S/A incorporou a Basilar Alimentos;
- 5) Em 15/12/2000, a Zabet S/A foi transformada na Adria Alimentos do Brasil;
- 6) Em 20/06/2002, os sócios Eldino Zeli, Renato Celestino, José Zeli e Rubens Celestino venderam suas participações e apurou-se o ganho de capital cujo respectivo imposto se requereu a restituição de que trata estes autos, com base no Decreto nº 1.510, de 1976.

São isentas da tributação sobre o ganho de capital as alienações de participações societárias adquiridas antes de 1º de janeiro de 1989, quando entrou em vigor a Lei nº 7.713, de 1988, desde que o proprietário tenha permanecido por pelo menos cinco anos em posse dos ativos.

O direito se extinguiu, todavia, após primeira alienação dos ativos, por venda e incorporação de capital. Alienações subsequentes não estão amparadas pela isenção.

Ora, as participações alienadas em 2002 não foram as que o contribuinte possuía desde 1964, do Pastificio Basilar Ltda., porque aquelas haviam sido alienadas em 1995, por venda e por integralização de capital. As participações alienadas em 2002 foram adquiridas já sob a regência da Lei nº 7.713, de 1988, que revogou a isenção estabelecida pelo Decreto nº 1.510, de 1976. Portanto, não há que se falar em isenção do Imposto de Renda sobre Ganho de Capital na alienação acontecida em 2002.

Voto, pois, por negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital – Redator Designado