



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13896.720110/2014-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.254 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de julho de 2016
Matéria IRPF
Recorrente CARLA MARIA CARVALHO FONTANA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

A operação de incorporação é uma sub-rogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa. Tal operação, ao gerar benefício para o contribuinte por qualquer forma, atrai a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

GANHO DE CAPITAL. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A apuração do custo de aquisição no caso de distribuição de ações decorrentes de aumento do capital deve ser igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado correspondente ao acionista.

ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 1.510/76. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

A revogação do Decreto nº 1.510/76 pela Lei nº 7.713/88 extinguiu o direito a isenção prevista na norma revogada a partir de 01/01/89.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Carlos César Quadros Pierre e Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada) e Ana Cecília Lustosa da Cruz (Relatora).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por ANA CECILIA LUSTOSA

DA CRUZ

Impresso em 05/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Designado para fazer o voto vencedor o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira. Fizeram sustentação oral pelo Contribuinte, o Dr. Rodolfo Gregório de Paiva Silva, OAB/SP 296.930/SP e pela Fazenda Nacional o Procurador Arão Bezerra Andrade.

Assinado digitalmente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente e Redator designado.

Assinado digitalmente.

ANA CECÍLIA LUSTOSA DA CRUZ - Relatora.

EDITADO EM: 02/08/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada), Denny Medeiros da Silveira (Suplente convocado), Daniel Melo Mendes Bezerra, Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Em 15/01/2014, foi lavrado auto de infração referente aos fatos geradores ocorridos entre 01/07/2009 a 31/07/2009 decorrente da *omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsas de valores*.

Conforme constam dos autos, em 30 de maio de 2012, foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização n.º 06.1.85.00-2012-00244-5 com o fim de averiguar o cumprimento das obrigações tributárias referente ao IRPF do ano-calendário 2009.

Posteriormente, em 08/06/2012, por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF) n.º 1, fls. 4 a 6, o contribuinte foi instado a apresentar os seguintes documentos e informações:

- *documentos relacionados a alienações de bens e direitos, ocorridas fora do ambiente de bolsa de valores, no ano-calendário de 2009;*

- *data e forma de integralização do capital social da HFF Participações S/A subscrito pelo sujeito passivo, apresentando, para a devida comprovação, o Boletim de Subscrição e outros documentos hábeis e idôneos;*

- *a quantidade e valor das ações recebidas pela contribuinte quando da incorporação das ações de emissão da HFF Participações S/A pela BRF – Brasil Foods S/A;*

- *informar o estado civil e apresentar documento idôneo para a respectiva comprovação.*

Documento assinado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ

Impresso em 05/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Por meio do Termo nº 2, em 04/07/2012, foi prorrogado o prazo estabelecido inicialmente no Termo nº 1, devido à solicitação justificada do procurador.

Com o intuito de atender ao disposto no Termo nº 2, em 11/08/2012, a contribuinte encaminhou, pelos correios, documentos e esclarecimentos.

Tendo em vista a necessidade de esclarecimentos adicionais, o sujeito passivo foi intimado, por meio do Termo nº 3, fls. 53 a 55, para que fossem prestados os devidos esclarecimentos.

Atendendo à intimação, o sujeito passivo aduziu o seguinte:

- que possuía em 08/07/2009 o total de 11.144.741 ações ON da Sadia S/A ao custo total de R\$ 12.543.122,13;
- em 08/07/2009, integralizou 905.350 ações ON da Sadia S/A ao capital da HFIN Participações S/A (HFIN) e 10.239.391 ações ON da Sadia S/A ao capital da HFF Participações S/A;
- que em substituição às 10.239.931 ações ON da Sadia S/A, integralizadas ao capital social da HFF, devido ao evento de incorporação de ações, recebeu 1.702.268 ações BRF.

Em seguida, sucederam vários Termos de Constatação e Continuidade de procedimento fiscal, tendo a contribuinte apresentado um controle de ações contendo a quantidade e o valor total das ações, fls. 60 a 62, demonstrando que o custo médio ponderado das ações de emissão da Sadia ON conferidas à HFF Participações S/A era de R\$ 1,12, bem como que as 10.239.391 ações da HFF que constavam do patrimônio da fiscalizada, no momento da incorporação dessas ações pela BRF, eram bens privados da contribuinte incomunicáveis com os bens de seu cônjuge.

Foram também realizadas várias diligências a fim de obter informações relativas ao processo de reorganização societária e da incorporação das ações, conforme descreveu a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF), nos termos abaixo transcritos:

AÇÕES DA HFF PARTICIPAÇÕES S/A PERTENCENTES A CONTRIBUINTE EM 08/07/2009

A fiscalização apurou que em 08/07/2009 ocorreu a subscrição de capital social da HFF Participações S/A e a contribuinte passou a ser proprietária de 10.239.391 ações ordinárias da HFF.

Ainda a fiscalização afirma que após sucessivos aumentos aprovados na AGE de 08/07/2009, o capital social da HFF Participações S/A passou de R\$ 800,00, dividido em 04 (quatro) ações, para R\$ 226.395.804,55, relativo a 226.395.405 ações, sendo que 10.239.391 pertenciam a contribuinte. 1,00, conforme boletim de subscrição de 215.840.122 ações ordinárias da HFF, cuja emissão foi aprovada em AGE realizada em 08/07/2009.

INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA HFF PARTICIPAÇÕES S/A PELA BRF BRASIL FOODS S/A

Afirma a fiscalização que a incorporação da totalidade das ações da HFF Participações S/A pela BRF - Brasil Foods S/A (reorganização societária) foi prevista no Acordo de Associação firmada em 19/05/2009 entre a Perdigão S/A (anterior denominação social da BRF - Brasil Foods S/A, vigente até 07/07/2009), a Sadia S/A e a HFF Participações S/A.

O Acordo frisou que o propósito da operação de reorganização societária (a incorporação das ações da HFF pela BRF) era a iminente associação entre as sociedades Perdigão S/A e Sadia S/A, sendo, assim, uma das etapas da futura junção.

Estava previsto no Acordo a relação de substituição de 01(uma) ação da HFF por 0,166247 ação da futura BRF.

Esta operação de reorganização societária acarretou a alienação, pelos acionistas da HFF, para a BRF, da totalidade de suas ações, mediante o recebimento de 0,166247 ações da BRF, com preço unitário de R\$ 39,40, por cada ação da HFF alienada.

Descreve a fiscalização que o evento resultou, ainda, no aumento de R\$ 1.482.889.902,75 no capital social da BRF (correspondente ao valor econômico atribuído a HFF no laudo de avaliação) – por meio da emissão de 37.637.557 ações ordinárias, a R\$ 39,40 a serem integralizadas pelos (ex) acionistas da HFF com suas ações, bem como na conversão da HFF em subsidiária integral da BRF, que passou a ser sua única acionista.

GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DO EVENTO INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA HFF PARTICIPAÇÕES S/A PELA BRF BRASIL FOODS S/A

Em 08/07/2009, a contribuinte alienou à BRF Brasil Foods S/A, por meio da incorporação das ações, 10.239.391 ações da HFF Participações S/A, das quais ela era proprietária. Em contrapartida, recebeu 1.702.268 novas ações ordinárias da BRF - Brasil Foods S/A, emitidas em aumento de capital social, nos valores unitário de R\$ 39,40 e total de R\$ 67.069.359,20 (produto da multiplicação do número de ações recebidas – 1.702.268 – pelo preço unitário de R\$ 39,40).

O custo de aquisição das ações da HFF Participações S/A incorporadas pela BRF, foi de R\$ 10.239.391,00 (10.239.391 x R\$ 1,00, que é o preço unitário das ações da Sadia S/A conferidas ao patrimônio da HFF Participações S/A, a título de integralização do capital social por ela subscrito).

*Conclui a fiscalização que o ganho de capital auferido pela contribuinte foi de R\$ 56.829.968,20 (R\$ 67.069.359,20 – R\$ 10.239.391,00). O imposto de renda devido pela contribuinte corresponde a **R\$ 8.524.495,23** (R\$ 56.829.968,20 x 15%).*

O enquadramento legal encontra-se nos autos.

Inconformada com o auto de infração apresentado, a contribuinte protocolizou impugnação, fls. 472-532, alegando, em síntese, o que segue:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ

Impresso em 05/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- a) impossibilidade de enquadramento da operação de incorporação de ações como espécie de alienação;*
- b) inexistência de hipótese de incidência do imposto de renda para casos de incorporações de ações;*
- c) inexistência de acréscimo patrimonial na incorporação de ações e consequente não incidência de IRPF;*
- d) ausência de realização de renda da pessoa física;*
- e) isenção do IRPF;*
- f) insubsistência do valor principal apurado;*
- g) inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício;*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília julgou improcedente a impugnação, restando mantido o auto de infração, com as seguintes considerações:

- a) a impugnação foi protocolizada em 21/02/2014 e até o momento não consta que a interessada tenha apresentado petição requerendo a juntada de documentos, apesar de já extrapolado o prazo mencionado nos documentos de fls. 658-662. Portanto, o processo será julgado no estado em que se encontra;*
- b) quanto ao pedido de realização de diligência solicitado pela contribuinte, considera-se que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da convicção deste julgador, principalmente pela juntada do Livro de Registro de Ações e do Boletim de Subscrição de Ações, não devendo a inércia da contribuinte ser substituída pela atuação da Receita Federal, razão pela qual indefere-se o pedido;*
- c) a fiscalização apurou que a contribuinte obteve um ganho de capital no processo de reorganização societária que objetivou a associação entre as sociedades empresárias Perdigão S/A (posteriormente denominada BRF Brasil Foods S/A) e Sadia S/A;*
- d) na incorporação de ações, há alienação das ações incorporadas, nos termos do § 3º do art. 3º da Lei 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro;*
- e) também não serve como fundamento para a inexistência de alienação a alegação de ausência de manifestação de vontade dos acionistas da companhia cujas ações são incorporadas;*
- f) previamente à incorporação de ações, a assembléia-geral da companhia incorporadora aprovando a operação, nomeia peritos para a avaliação das ações a serem incorporadas e autoriza o aumento do capital a ser realizado com essas ações.*

Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, é efetivada a incorporação das ações e os titulares das ações incorporadas recebem da incorporadora novas ações por ela emitidas. Embora não haja fluxo financeiro na operação, ocorre a transmissão de ativos e o valor da operação é quantificado em moeda corrente;

g) a contribuinte alienou o total de 10.239.391 ações da HFF Participações S/A (custo de aquisição de R\$ 10.239.391,00) para a BRF – Brasil Foods S/A e recebeu 1.702.268 novas ações ordinárias no valor total de R\$ 67.069.359,20;

h) a entrega de ações ou quotas societárias a título de integralização de capital se amolda perfeitamente à hipótese descrita no artigo 23 da Lei nº 9.249/1995;

i) na incorporação de ações, surge para o acionista disponibilidade sobre as ações da incorporadora recebidas, que passam a integrar seu patrimônio. No caso, inegável a aquisição de disponibilidade econômica pela acionista que teve seu patrimônio aumentado, podendo fruir do valor agregado das ações recebidas;

j) não ampara a contribuinte a invocação de atos normativos, que tratam da não incidência do imposto de renda, em hipóteses que configurariam permuta, pois não se aplicam ao caso concreto;

k) não há que se falar em inobservância do regime de caixa, uma vez verificado o acréscimo patrimonial, ainda que não haja circulação de moeda;

l) 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;

m) uma vez que a transferência é efetuada pelo valor constante do laudo de avaliação, se o valor atribuído às ações entregues pela pessoa física for superior ao informado em sua declaração de bens (custo de aquisição), a variação positiva é sujeita à tributação como ganho de capital, com fundamento no artigo 3º da Lei nº 7.713/1988 e no artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, por configurar acréscimo patrimonial;

n) conforme consta dos autos, a transferência das ações se deu por valor de mercado, superior ao custo de aquisição. Não há como acolher a argumentação de que não houve acréscimo no patrimônio da impugnante por ocasião da incorporação das ações;

o) não prevalece o entendimento defendido pela contribuinte de que as ações incorporadas são substituídas por ações da incorporadora por sub-rogação real. A sub-rogação real decorre de previsão legal e não há disposição nesse sentido no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S/A;

p) não se pode olvidar que a incorporação de ações é sujeita à tributação pelo alienante pessoa física, se apurado ganho de

capital na operação, considerado como tal a diferença positiva entre o valor atribuído às ações transferidas e o respectivo custo de aquisição;

*q) a evolução acionária da contribuinte encontra-se registrado no Livro de Registro de Ações Nominativas, o qual comprova a quantidade de **10.239.391**, realizadas pelo valor de **R\$ 10.239.391,00** ($10.239.391 \times R\$ 1,00$), que é o preço unitário das ações da Sadia S/A conferidas ao patrimônio da HFF Participações S/A, a título de integralização do capital social por ela subscrito), conforme fls. 183-184;*

*r) também o Boletim de Subscrição de Ações confirma a subscrição de ações na quantidade de **10.239.391** pelo valor total de **R\$ 10.239.391,00**;*

s) mesmo na vigência do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, antes de efetivada a venda da participação societária, o que existe é uma expectativa de direito. Houvesse a alienação ocorrido na vigência da indigitada norma, estaria resguardado o direito do contribuinte à não-incidência;

t) à época da ocorrência do fato gerador do imposto, qual seja, a alienação da participação societária, o artigo 4º do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, já havia sido expressamente revogado pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1989;

u) inexistente direito adquirido à não-incidência prevista na alínea “d” do Decreto-lei nº 1.510/1976, por não ter sido concedida a prazo certo e sob condição onerosa, conforme se extrai do disposto no artigo 178 do Código Tributário Nacional;

v) no tocante à alegação de que não incidem juros de mora sobre a multa de ofício e que, por conseguinte, a incidência da taxa SELIC sobre a referida multa deva ser afastada, ressalte-se que, consoante Demonstrativo de Multa e Juros de Mora constante do auto de infração, fl. 443, o percentual determinante dos juros de mora até janeiro de 2014 foi aplicado tão-somente sobre o imposto apurado, não havendo o que se alterar no lançamento.

Posteriormente, dentro do lapso temporal legal, foi interposto recurso voluntário, no qual a contribuinte reitera os argumentos ventilados em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

Conforme relatado, foi lavrado auto de infração em decorrência do não recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) supostamente devido sobre **ganho de capital auferido pela contribuinte no processo de reorganização societária que objetivou a associação entre as sociedades empresárias Perdigão S/A (posteriormente denominada BRF Brasil Foods S/A) e Sadia S/A.**

A fim de cumprir as condições impostas para a efetivação da Associação, acionistas da Sadia, conforme o que havia sido decidido em Assembléia Geral, **aportaram ações ordinárias da Sadia S/A de sua titularidade ao capital social da HFF Participações S/A**, tornando-se acionistas desta sociedade, de acordo com o que se depreende da Ata de assembléia Geral datada de 8/2009 (documento n.º 4 da Impugnação).

Em seqüência, foi deliberada e aprovada **a incorporação da totalidade das ações da HFF Participações S/A pela BRF - Brasil Foods S/A**, consoante as Assembléias Gerais das duas sociedades, sendo que **os acionistas originais da Sadia, como a Recorrente, receberam ações da BRF em substituição às ações HFF incorporadas pela BRF.**

Em 18/8/2009, meses após a efetivação da operação de incorporação das ações HFF pela BRF, **foi implementada a incorporação da totalidade das ações Sadia remanescentes no mercado pela BRF** (documento n.º 5 da Impugnação).

Nesse contexto, a fiscalização, conforme o contido no Termo de Verificação Fiscal, fl. 453, buscou demonstrar que *a contribuinte alienou a totalidade de suas ações da empresa HFF Participações S/A para a BRF Brasil Foods S/A e, nesta operação, auferiu ganho de capital, o qual se subsume à hipótese de incidência tributária, sendo, assim, fato gerador do imposto de renda.*

Narra a fiscalização que *a evolução acionária da Sra. Carla Maria Carvalho Fontana na HFF está registrada no Livro de Registro de Ações Nominativas da HFF, o qual corrobora a quantidade informada pela contribuinte. Portanto, em 08/07/2009, a contribuinte era titular de 10.239.391 ações ordinárias da HFF Participações S/A.*

Além disso, detalhou a fiscalização a operação da seguinte forma:

59. A incorporação da totalidade das ações da HFF Participações S/A pela BRF Brasil Foods S/A - operação de reorganização societária que converteu a HFF em subsidiária integral da BRF - foi prevista, inicialmente, no Acordo de Associação firmado em 19/05/2009 entre a Perdigão S/A (anterior denominação social da BRF Brasil Foods S/A, vigente até 07/07/2009), a Sadia e a HFF Participações S/A, cujo teor está sintetizado no Fato Relevante de 19/05/2009 (fls. 185/192).

60. Este acordo ressaltou que o propósito mediato desta operação de reorganização societária (a incorporação das ações da HFF pela BRF) era a iminente associação entre as empresas Perdigão S/A (doravante também referida como Perdigão) e Sadia S/A, sendo, portanto, uma das etapas da futura junção.

61. Neste Acordo estava prevista a relação de substituição de 1 ação para HFF por 0,166247 ação da (futura) BRF.

62. Ulteriormente, em 22/06/2009, a ainda Perdigão e HFF celebraram o Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações de Emissão da HFF Participações S/A pela Perdigão S/A (fls. 193/202), que é documento obrigatório e inerente à

incorporação de ações, por disposição expressa do caput do art. 252 da Lei n.º 6.404/1976, o qual remete às prescrições dos artigos 224 e 225 desta lei.

63. O protocolo e justificação previu, como condição suspensiva da efetivação da operação de reorganização societária, a HFF tornar-se proprietária de ações da Sadia (131.070.000 ações, no mínimo, e 231.236.725 ações, no máximo) até 08/07/2009, que foi a data eleita para a aprovação, em Assembléia Geral da Perdigão, da incorporação de ações (item "c" da Cláusula Primeira).

64. Em sintonia com o Acordo de Associação, a Cláusula Segunda do Protocolo e Justificação destacou a incorporação de ações como uma das etapas da iminente associação entre a Perdigão S/A e a Sadia S/A, enquanto a Cláusula Terceira dispôs sobre a relação de substituição, já previamente definida, de 1 ação HFF por 0,166247 ação ordinária da (futura) BRF, tendo em vista as conclusões alcançadas nos laudos de avaliação econômico-financeira. (...).

74. Esta operação de reorganização societária consubstanciou a alienação, pelos acionistas da HFF, para a BRF, com preço unitário de R\$ 39,40 por cada ação da HFF alienada.

75. O evento resultou no aumento de R\$ 1.482.889.902,75 no capital social da BRF (correspondente ao valor econômico atribuído à HFF no laudo de avaliação) - por meio da emissão de 37.637.557 ações ordinárias, a R\$ 39,40, a serem integralizadas pelos acionistas da HFF com suas ações, assim como na conversão da HFF em subsidiária integral da BRF, que passou a ser sua única acionista. (...).

77. Em 08/07/2009, a Sra Carla Maria Carvalho Fontana alienou à BRF - Brasil Foods S/A, por meio da incorporação de ações, 10.239.391 ações da HFF Participações S/A, das quais ela era proprietária. Como contraprestação, recebeu, dentre as novas ações originárias da BRF Brasil Foods S/A, emitidas em aumento de capital social, 1.702.268 ações, nos valores unitários de R\$ 39,40 e total de R\$ 67.069.359,20 (produto da multiplicação do número de ações recebidas - 1.702.268 - pelo preço unitário destas - R\$ 39,40). (...).

79. O custo de aquisição de suas ações da HFF Participações S/A incorporadas pela BRF foi de R\$ 10.239.391,00 (10.239.391,00X R\$ 1,00, que é o preço unitário das ações da Sadia S/A conferidas ao patrimônio da HFF Participações S/A a título de integralização do capital social por ela subscrita). (...).

82. Neste auto de infração houve o lançamento de imposto sobre a renda da pessoa física no valor de R\$ 8.524.495,23 acrescido de juros e multa de ofício de 75% (art. 44 da Lei n.º 9.430/96 com redação dada pela Lei n.º 11.488/2007), no período de apuração de julho/2009 9vide tabela 1 do parágrafo 81), controlado pelo Processo Administrativo Fiscal 13896.720.110/2014-18

Diante do processo de reorganização societária, segundo o relato de ambas as partes, **a controvérsia em questão restringe-se à ocorrência ou não do ganho do capital apontado pela fiscalização, na operação de incorporação de ações, como fato gerador do Imposto de Renda Pessoa Física.**

A situação em análise enquadra-se na denominada incorporação de ações prevista no artigo 252 da Lei n.º 6.404/76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, nos seguintes termos:

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)

O fisco identificou ganho de capital na operação realizada e autuou a contribuinte, essencialmente, com base nas disposições abaixo transcritas:

Artigos 2º, 3º, 16 e 19 da Lei n.º 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.

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

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

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V - seu valor corrente, na data da aquisição.(...).

Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.

Parágrafo único. Nas operações em que o valor não se expressar em dinheiro, o valor da transmissão será arbitrado segundo o valor de mercado.

Artigo 21 da Lei 8.981/95

Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas: (...).

Artigo 23 da Lei n.º 9.249/95

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.

Artigos 117,123,132 e 138 do RIR/99

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. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, ao ganho de capital auferido em operações com ouro não considerado ativo financeiro (Lei nº 7.766, de 1989, art. 13, parágrafo único).

§ 2º Os ganhos serão apurados no mês em que forem auferidos e tributados em separado, não integrando a base de cálculo do imposto na declaração de rendimentos, e o valor do imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração (Lei nº 8.134, de 1990, art. 18, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21, § 2º).

§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

§ 4º 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 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 3º).

§ 5º A tributação independe da localização dos bens ou direitos, observado o disposto no art. 997.

Art. 123. Considera-se **valor de alienação** (Lei nº 7.713, de 1988, art. 19 e parágrafo único):

I - o preço efetivo da operação, nos termos do § 4º do art. 117;

II - o valor de mercado nas operações não expressas em dinheiro;

III - no caso de alienações efetuadas a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em países com tributação favorecida (art. 245), o valor de alienação será apurado em conformidade com o art. 240 (Lei nº 9.430, de 1996, arts. 19 e 24). (...).

Art. 132. 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 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 23).

§ 1º Se a transferência 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. 464 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, § 1º).

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

*Art. 138. O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o **valor de alienação e o custo de aquisição**, apurado nos termos dos arts. 123 a 137 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 2º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 2º, § 7º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 17).*

Artigo 16 da IN SRF 84/2001

*Art. 16. Na hipótese de **integralização de capital** mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado. (...).*

A partir da leitura dos dispositivos citados, observa-se que, para a tributação do ganho de capital, se faz necessária a ocorrência de *alienação de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição*.

Também, conforme o disposto no art. 23 da Lei n.º 9.249/95, consta como essencial a *transferência de bens e direitos, a título de integralização de capital, entre pessoa física e pessoa jurídica*.

Identificados os fatos e a legislação aplicada ao caso concreto, cabe averiguar a operação realizada (incorporação de ações), diante dos conceitos de direito privado, e avaliar os efeitos atribuídos pela legislação tributária, em consonância com o artigo 109 do Código Tributário Nacional, segundo o qual *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*.

Considerando as normas mencionadas, cumpre esclarecer os seguintes conceitos oriundos do direito privado:

a) alienação - *é forma voluntária de perda da propriedade. É o ato pelo qual o titular transfere sua propriedade a outro interessado. Dá-se a alienação de forma voluntária ou compulsória, sendo exemplo de alienação voluntária a doação em pagamento, e de alienação compulsória a arrematação. Ela ainda pode ser a título oneroso ou gratuito, configurando-se alienação a título oneroso a compra e venda, e a título gratuito a doação. Cumpre ressaltar que a transferência do bem alienado só poderá ocorrer por meio de contrato, isto é, por meio de negócio jurídico bilateral que expresse a transmissão do bem a outra pessoa. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Direito das Coisas. v. V, São Paulo: Editora Saraiva, 2007).*

b) incorporação de ações - *como ensina Ricardo Mariz de Oliveira, em sua obra Incorporação de Ações no Direito*

Tributário, o termo incorporação é utilizado impropriamente pelo art. 252, e, caso não entendido corretamente, presta-se a confusão com o ato jurídico típico de incorporação de outra pessoa jurídica.

A incorporação de ações disciplinada pelo artigo 252 não se confunde com a incorporação de outra sociedade, regida especialmente pelo artigo 227, uma vez que nesta a sociedade incorporada desaparece, deixando de existir como pessoa jurídica autônoma para ser sucedida universalmente pela incorporadora, ao passo que na incorporação de ações ambas as sociedades continuam a coexistir, sem que uma suceda a outra.

A incorporação de ações do art. 252, embora acarrete aumento de capital da sociedade dita incorporadora, não se confunde com os aumentos de capital a que alude o art. 170, principalmente porque neste há direito de preferência, que inexistente no art. 252, e também porque no art. 252 há direito de retirada para os dissidentes, normalmente não corrente no art. 170, além de que seus objetivos são distintos, eis que a incorporação de ações visa constituir outra sociedade como subsidiária integral da companhia e o aumento de capital visa apenas o incremento da capitalização de uma única sociedade.

c) capital social - em se tratando de capital social em sociedades anônimas é relevante citar que: “O capital das sociedades anônimas pode compreender qualquer espécie de bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, susceptíveis de avaliação em dinheiro” (LIMA, 1969, p. 221).

O capital social na sociedade anônima pode ser subscrito ou integralizado. O primeiro é a mensuração do montante de recursos prometidos pelos sócios para a sociedade, a título de capitalização, o segundo corresponde aos recursos já transferidos para o patrimônio social. (COELHO2 2016, p. 171).

d) subscrição - é ato unilateral de vontade da pessoa interessada em se tornar titular da ação emitida. Por meio dele o subscritor adere às condições estabelecidas pela sociedade emissora, isto é, manifesta a sua concordância com o preço de emissão, condições de pagamento, datas de vencimentos das obrigações etc. Quando se trata de ingresso de novo investidor no quadro de acionista, o ato de subscrição também tem o sentido de adesão às regras do estatuto da sociedade emissora. (COELHO2 2016, p. 129).

e) preço de emissão - ao examinar-se a questão do valor da ação (cap. 19, item I), distinguiu-se preço de emissão do valor nominal. o primeiro corresponde à importância a ser paga pelo investidor para se tornar titular da ação, enquanto o segundo resulta da operação aritmética de divisão do capital social pelo número de ações. (COELHO2 2016, p. 173).

Analizando inicialmente os argumentos acerca da alienação, observa-se claramente que a reorganização societária ocorrida não implicou em alienação de ações, mas sim em mera substituição de ações, pois não se vislumbra, no presente caso, a transferência, por ato de alienação, de bens de pessoa física para uma pessoa jurídica.

Para a caracterização do instituto da alienação, diante do conceito estabelecido pelo direito privado, faz-se imperiosa a transmissão da propriedade e a vontade do alienante em transmiti-la, situação que não se identifica na incorporação de ações, pois na reorganização societária há manifestação coletiva da pessoa jurídica, por meio da deliberação da maioria em assembléia geral, no interesse da companhia, não havendo manifestação individual dos sócios, com interesse particular, sobre o elemento volitivo necessário para que se consubstancie a alienação.

Nesse sentido, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho:

Na incorporação de ações, os sócios, pessoas físicas, não praticam nenhum ato de alienação de suas ações, pois apenas as pessoas societárias envolvidas atuam. (...)

O contribuinte pessoa física não pratica qualquer ato; não vende nem aliena as suas ações. Quem pratica todos os atos são as pessoas sociais (pessoas jurídicas envolvidas), motivo pelo qual os sócios pessoas físicas, independentemente de terem aprovado a operação ou dela discordado na assembléia de acionistas que a aprovou, limitar-se-ão a modificar, nas respectivas declarações de bens, a qualificação da participação, que antes era na incorporada e agora passa a ser na incorporadora

O que se verifica, na operação narrada, é uma sub-rogação, no patrimônio da acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa (ações da HFF pelas ações da BRT), não havendo que se falar em ganho de capital, pois não há disponibilidade efetiva da renda, que pode acontecer, caso a contribuinte efetue a alienação da participação societária.

Assim, o ganho de capital depende da realização do ganho e, de fato, pelo que consta dos autos, o sujeito passivo não recebeu numerário com a incorporação das ações.

O art. 2º da Lei 7.713/88 determina que Imposto de Renda Pessoa Física será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos. Assim, inexistindo *ganho efetivo*, embora aferível *ganho potencial*, evidencia-se como indevido o imposto em comento.

Destaca-se que a atribuição de valor às ações é requisito do ato, conforme dispõe a legislação já mencionada, inexistindo fixação de preço das ações, mas sim avaliação para fins societários específicos.

Relevante ressaltar que o mercado de capitais possui a característica, de conhecimento notório, de ser sazonal, sendo possível, quando da alienação da participação, a ocorrência de valorização ou desvalorização das ações, razão pela qual poderá ou não ocorrer o ganho de capital, posteriormente.

Ademais, torna-se relevante esclarecer a distinção entre a operação de *incorporação de ações* e a *constituição de subsidiária integral com aquisição de ações da futura subsidiária mediante a entrega de ações da futura controladora*, conforme dispõe o § 2º, artigo 251, da Lei n.º 6.404/76:

Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

(...).

§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

Assim, resta claro que uma subsidiária integral pode ser constituída mediante a aquisição de ações ou nos termos do art. 252 (pela operação de incorporação de ações), de modo que se tratam de operações distintas (subscrição de capital ≠ incorporação de ações).

Nesse sentido, pondera o trecho extraído da obra de Fábio Ulhoa (COELHO2 2016, p. 468:

Subsidiária integral. É uma sociedade unipessoal não temporária, que adota sempre a forma de anônima (art. 251). Ela pode ser originariamente unipessoal, quando constituída por escritura pública, cujas ações são todas subscritas por uma sociedade empresária brasileira (de qualquer tipo); ou pode resultar da incorporação de suas ações, operação que não se confunde com a incorporação de sociedades.

Também se mostra oportuno salientar a distinção entre a *incorporação de ações e a permuta*, pois a causa jurídica da permuta é, essencialmente, trocar bens; não se confundindo com a causa jurídica da incorporação de ações, que é a conversão da sociedade em subsidiária integral.

Portanto, a incorporação de ações possui contornos próprios, não se enquadrando no instituto da *subscrição de capital seguida de integralização de bens*; no instituto da *permuta*; ou na *alienação*, embora possua elementos comuns aos referidos institutos.

Com suas peculiaridades, a incorporação de ações, diversamente de outros institutos de Direito Societário, nunca foi objeto de expressa regulação em matéria tributária, como se observa com a transformação (Decreto - Lei n. 5844, de 23 de setembro de 1943, art. 54, alíneas b e c), a incorporação, fusão e cisão (Lei n. 9249, de 23 de setembro de 1995, art. 21 e Lei n. 9430, de 27 de dezembro de 1996, art. 1º, parágrafo 1º), da integralização de capital, por pessoa física, com bens e direitos (Lei n. 9249, art. 23) assim como da devolução de capital social à pessoa física, em bens e direitos (Lei n. 9249, art. 22).

Cabe esclarecer que a ausência de norma determinando os efeitos tributários da incorporação de ações não é por acaso, considerando que tal operação não implica em solução de continuidade da incorporadora ou da empresa que teve suas ações incorporadas, o que torna a incorporação de ações diversa de outras operações, como se depreende da exposição de motivos da Lei n.º 6.404/76, conforme segue:

Seção V

Subsidiária Integral

A companhia que tem por único acionista outra sociedade brasileira é expressamente admitida e regulada no artigo 252, que dá juridicidade ao fato diário, a que se veem constrangidas as companhias de usar “homens de palha” para subscreverem algumas ações, em cumprimento ao requisito formal de número mínimo de acionistas (...).

A incorporação de ações, regulada pelo artigo 253 é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada.

Assim, apesar de a incorporação de ações possuir pontos em comuns com outros institutos, como já asseverado, nem por isso devem ser aplicadas as disposições a eles pertinentes, sob pena de inobservância dos termos do § 2º do art. 108 do CTN (*o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei*), decorrência lógica do princípio da legalidade tributária (art. 150, I).

Nota-se, diante de toda controvérsia, que a utilização do valor de mercado das ações para a prática da incorporação é o detalhe que vem gerando reação das autoridades fiscais no sentido da ocorrência de ganho tributável na pessoa dos sócios. Contudo, a rigor, nada se modifica para os sócios da sociedade cujas ações estão sendo incorporadas, havendo apenas substituição de suas ações pelas ações da incorporadora.

Corroborando o exposto, vale destacar o Parecer emitido pela Procuradoria Federal especializada junto à Comissão de Valores Mobiliários, autarquia instituída pela Lei n.º 6.385/76, vinculada ao Ministério da Fazenda, nos seguintes termos:

Não há que se falar, portanto, em alienação de ações da incorporada para posterior compra de ações da incorporadora, até mesmo porque a incorporação, até mesmo porque a incorporação (e a consequente substituição das ações) pode ocorrer sem o consentimento do acionista, uma vez que não depende de unanimidade na deliberação da Assembléia Geral, prescindindo, dessa forma, da manifestação de vontade do sócio na sua qualidade de subscritor. (...). (citando doutrina de Alberto Xavier). O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se passivamente a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.

O Câmar Superior de Recursos Fiscais, embora a matéria seja controvertida, proferiu, na sessão realizada em 03 de março de 2015, entendimento no sentido da inexistência de fundamento legal para exigência do IRPF por ganho de capital na incorporação de ações, conforme ementa baixo transcrita:

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

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.367-2006, em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/

08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por ANA CECILIA LUSTOSA

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 atuada.

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 n.º 9202-003.579, Redator Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, CARF, sessão de 03 de março de 2015).

Extraí-se do voto vencedor citação elucidativa acerca do tema incorporação de ações constante do artigo de autoria de Alberto Xavier (Incorporação de Ações; Natureza Jurídica e Regime Tributário), nos termos seguintes:

A configuração da operação de incorporação de ações como um contrato entre duas sociedades, e não como um contrato entre sócio sociedade (como é a conferência de bens), resulta da necessidade de permitir que ela seja aprovada pela maioria e não pela unanimidade dos sócios, sendo que a maioria na sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas é uma maioria qualificada, exigindo o voto da metade, no mínimo, da ações com direito a voto (art. 252, § 2º). (...).

Um dos efeitos típicos do contrato de incorporação de ações consiste precisamente na substituição no patrimônio dos sócios das ações previamente existentes, representativas do capital da sociedade da qual originariamente participavam, por ações da sociedade incorporadora emitidas em consequência da incorporação das mesmas ações.

O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se 'passivamente' a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.

Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens.

Por oportuno, cumpre mencionar o entendimento do Tribunal regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação n.º 5052793-42.2011.4.04.7000, sobre a **matéria em questão:**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/

08/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 03/08/2016 por ANA CECILIA LUSTOSA

DA CRUZ

Impresso em 05/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não há a alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas cujas ações houveram de ser incorporadas, nas ações da incorporadora. (...) A alienação importa na renúncia de um direito e é, portanto, voluntária. Tendo em vista que na sub-rogação real derivada de lei há a substituição de uma coisa por outras em razão de expressa previsão legal, não há que se confundir alienação com sub-rogação real. (...).

Mesmo que se considerasse a incorporação de ações como ato de alienação, não estaria a situação dos autos enquadrada no âmbito da regra matriz de incidência do IRPF. Pela simples e óbvia razão de que nem toda alienação implica em ganho de capital. Em outras palavras, a realização de uma alienação, por si só, não gera ganho de capital, cujo exemplo típico é a permuta sem torna, ainda que não coincidentes os valores dos bens permutados.

(2ª Turma, Rel. Des. Otávio Roberto Pamplona, J: 11/10/2015 - grifos nossos - íntegra anexa - doc. 01).

Nesse contexto, diante da inexistência de fundamento legal que autorize a exigência do Imposto de Renda Pessoa Física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço, impõe-se o cancelamento da exigência.

Assim, voto por **CONHECER** do recurso voluntário e, no mérito, **DAR PROVIMENTO**.

Assinado digitalmente.

Ana Cecília Lustosa da Cruz- Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira - Redator designado

Em que pese o costumeiro acerto do entendimento esposado pela ilustre Conselheira Relatora, ousou, com a devida vênia, dela discordar pelos motivos que passo a apresentar.

Como bem apontado a questão fulcral para o deslinde da controvérsia sobre o lançamento tributário cinge-se **"à ocorrência ou não do ganho do capital apontado pela fiscalização, na operação de incorporação de ações, como fato gerador do Imposto de Renda Pessoa Física."**

Após respeitável construção teórica, a eminente Relatora assevera (fls 1237):

"Também se mostra oportuno salientar a distinção entre a incorporação de ações e a permuta, pois a causa jurídica da permuta é, essencialmente, trocar bens; não se confundindo com a causa jurídica da incorporação de ações, que é a conversão da sociedade em subsidiária integral."

Portanto, a incorporação de ações possui contornos próprios, não se enquadrando no instituto da subscrição de capital seguida de integralização de bens; no instituto da permuta; ou na alienação, embora possua elementos comuns aos referidos institutos."

Como consequência das distinções apontadas, e após mencionar parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional e alguma jurisprudência desta Corte e de Tribunais Federais, a Conselheira Relatora conclui que (fls. 1238):

"Nesse contexto, diante da inexistência de fundamento legal que autorize a exigência do Imposto de Renda Pessoa Física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço, impõe-se o cancelamento da exigência."

Esses são os pontos essenciais da nossa divergência. Entendo, pelos motivos abaixo, que há equiparação entre os negócios jurídicos realizados e previsão de incidência, ambos com estrita base legal.

Como cediço as regras de interpretação da legislação tributária se encontram definidas, consoante determinação expressa do artigo 146,III da Carta da República, em Lei Complementar, status com o qual o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, foi recepcionado. Em seu artigo 108, encontramos:

"Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido."

O comando legal é claro em asseverar que somente cabe a interpretação da legislação tributária no caso de ausência de disposição expressa, ou seja, ao interprete só resta o preenchimento de lacunas, não restando margem para construções interpretativas quando existente disposição legal sobre a questão.

E não poderia ser diferente, é importante realçar, em face do princípio da estrita legalidade que enfaixa todo o sistema tributário brasileiro.

Com essa consideração é necessário perquirimos a legislação de regência do imposto sobre a renda. De plano, encontramos no artigo 3º da Lei nº 7.713/88, a seguinte determinação:

"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."

(destaques não constam do texto legal)

A leitura atenta do parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, nos permite a imediata constatação da aplicabilidade do mesmo ao caso em apreço, uma vez que versa justamente sobre a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física no caso de ganho de capital.

Nesse dispositivo de lei encontramos a equiparação à alienação das operações que importem em transferência de titularidade de qualquer bem ou direito, seja qual for o negócio jurídico. Tal afirmação encontra amparo na constatação de um rol exemplificativo existente no texto legal precedido de comando de larga abrangência representado pela expressão "*operações que importem alienação, a qualquer título de bens ou direitos ou cessão ou...tais como...*".

Nítido que o legislador quis que o ganho de capital sofresse a incidência qualquer que fosse a forma de transmissão do bem ou do direito do contribuinte para outrem. Somente tal interpretação da norma pode lhe emprestar concretude, pois é cediço que há no texto legal equiparação entre negócios jurídicos reconhecidamente distintos como a alienação, cessão, compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda e contratos afins.

Ora, além de rol extenso e juridicamente díspar, o legislador termina sua lista exemplificativa com verdadeiro reforço de seu intento extensivo ao mencionar a expressão contratos afins.

É inegável, portanto, o aspecto ampliativo do comando constante do parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88. Mister ressaltar que não houve, em nosso raciocínio, nenhum tipo de analogia, ao reverso, apenas análise sistêmica do texto legal, buscando uma interpretação teleológica, vez que não há utilização de supressão de lacuna normativa.

Como ensina Tércio Sampaio Ferraz (*Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. Ed. Atlas, pg. 271):

"Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada 'facti species', é aplicável a uma conduta para qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança"

De certo que o uso de analogia, ainda mais por ser técnica de integração jurídica, pressupõe a ausência de norma jurídica aplicável ao caso que se precisa analisar, o que, como visto, não se observa no caso presente.

Como bem dito pela Conselheira Relatora, fls 1236, na operação que nos interessa temos:

"O que se verifica, na operação narrada, é uma sub-rogação, no patrimônio da acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa (ações da HFF pelas ações da BRT), não havendo que se falar em ganho de capital, pois não há disponibilidade efetiva da renda, que pode acontecer, caso a contribuinte efetue a alienação da participação societária"
(destaquei)

Dois pontos merecem destaque da arguta observação: em primeiro lugar e corroborando nosso entendimento, há efetiva substituição de bens no patrimônio do acionista, no caso o sujeito passivo.

Em segundo lugar, por expressa disposição do § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, tal substituição de bem, que cause ***'benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título'*** atrai a incidência do imposto sobre a renda.

Não pode ser outra a inteligência da leitura conjunta dos parágrafos 3º e 4º do mencionado artigo 3º da lei do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital.

Nem se diga que não se observa a incidência por ausência de ganho de capital, uma vez que não houve *disponibilidade efetiva de renda*. O texto legal é claro em asseverar que há incidência independentemente da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando que exista o benefício do contribuinte por qualquer forma, o que se observou no caso concreto pela variação patrimonial positiva constatada pelo Fisco.

Em que pese minha opinião pessoal sobre a justiça da incidência tributária nas situações como a aqui analisada, não cabe ao aplicador do direito, quanto mais ao do direito tributário, se imiscuir no conteúdo axiológico da norma positivada. Deve-se, ao reverso, aplicar a norma como posta, interpretando-a nos termos dos princípios aplicáveis, o que, no caso em apreço, nos obriga a verificar a incidência tributária do imposto sobre a renda.

Do exposto, entendo haver incidência do imposto sobre a renda da pessoa física decorrente do ganho de capital em razão da incorporação de ações e portanto, nego provimento ao recurso nessa parte.

Em razão da incidência reconhecida, passemos a analisar o recurso voluntário quanto às demais questões, na ordem de sua apresentação (fls. 781 do processo digitalizado).

DO REGIME DE CAIXA

Alega a recorrente que, caso se entenda pela tributação, esta só poderia ocorrer quando do efetivo ingresso no patrimônio da contribuinte em face da aplicação do regime de caixa à apuração do imposto sobre a renda da pessoa física. Apoia seu argumento no artigo 2º da Lei nº 7.713/88.

Não cabe razão ao Recorrente.

Como acima exposto, quando da análise da incidência tributária, o parágrafo 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88 é claríssimo ao determinar que a incidência independe da forma de percepção dos proventos, **bastando mero benefício do contribuinte**.

E isso foi constatado pela Fiscalização, consoante se observa no quadro constante do item 81 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 466).

Importante ressaltar que a motivação constante do mencionado Termo de Verificação se coaduna com todo o entendimento acima esposado, não restando, no entender deste Conselheiro, nenhum reparo a ser realizado.

Assim, não cabe razão ao recorrente nesse ponto.

DA INCORREÇÃO NO CUSTO DE AQUISIÇÃO

Segundo consta do recurso há uma incorreção na determinação do custo de aquisição das ações incorporadas, uma vez que deveria ter-se adotado como custo unitário das ações da HFF o custo unitário das ações da Sadia devidamente corrigidos, já contemplando as capitalizações de lucro realizadas por esta Sociedade, nos termos do artigo 16, § 3º da Lei nº 7.713/88.

Alega ainda a Recorrente (item 213 do recurso voluntário, fls. 832), que, *'revisitando sua documentação contábil, constatou a Recorrente erro de fato na apuração do custo de aquisição no seu investimento detido na Sadia'*. Anexa ao Voluntário relatório elaborado por contador independente visando o levantamento contábil das mutações patrimoniais ocorridas. Alega ainda a possibilidade de anexação tardia da documentação mencionada.

Não assiste razão à Recorrente. A apuração do custo de aquisição das ações seguiu os preceitos constantes na legislação de regência (Lei nº 9.249/95, artigo 10). Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF), tais valores foram obtidos diretamente no Boletim de Subscrição anexo à ata da AGE da HFF, valores que também constam do Livro de Registro de Ações Nominativas (fls 465 e 466).

Ainda segundo o TVF (item 57, fls. 460), a evolução acionária da Contribuinte se encontra registrada no mencionado Livro de Registro de Ações Nominativas, o qual corrobora as informações prestadas.

Ora, não há que se falar em erro na determinação no custo de aquisição das ações se tal valor foi retirado, segundo os ditames legais, do documentos escriturados e mantidos pelo Recorrente, quanto mais ao se considerar que se trata de alguém devidamente assessorado por profissionais especializados e contratados especificamente para esse fim.

Tal condição não permite que se pleiteie juntada de provas de forma absolutamente intempestiva, provas essas de total conhecimento da contribuinte, por ela mantidas, e solicitadas pela Autoridade Autuante desde o processo fiscalizatório. Mister reconhecer-se a preclusão prevista no artigo 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

Portanto, nego provimento ao Recurso nessa parte.

DAS ISENÇÕES

Consta do recurso a alegação da isenção do imposto sobre a renda decorrente de ganho de capital pela alienação das ações em face do direito adquirido pela Contribuinte uma vez que ela possuía as ações da Sadia, objeto da discussão desde 1983, ou seja, antes da revogação do Decreto nº 1.510/76, pela Lei nº 7.713/88

Não se observa tal direito. Não há direito adquirido a regime jurídico. Nesse sentido já se pronunciou o Pretório Excelso, quando do julgamento das ADIN's nº 3.105/DF e 3.128/DF e mais recentemente quando do julgamento das ADC's 29 e 30.

O CTN é claro em asseverar que:

“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.” (destaquei)

Não há, quanto ao Decreto nº 1.510/76, nenhuma condição para o gozo da isenção, tampouco prazo determinado para a duração do benefício. Ofende a melhor interpretação jurídica a afirmação que a manutenção por um prazo das ações é condição para o gozo da isenção. Trata-se de mero interstício temporal, e nunca de um ônus, ou seja, um *'facere'*, um encargo do contribuinte. Essa é a lição de Luís Eduardo Schoueri (*Direito Tributário*, Ed. Saravia, 3ª ed. pg. 659:

"Em tais casos, entendeu o legislador complementar que seria necessário ter em conta que o contribuinte poderá ter efetuado investimentos contando com o regime excepcional que lhe teria sido assegurado durante aquele intervalo temporal" (destaques não são originais)

Durante a vigência do Decreto nº 1.510/76, se houve alienação de participação societária passados 4 anos, 11 meses e 29 dias, haveria incidência tributária. Caso tal alienação se desse após esse interregno, por expressa disposição legal, ocorreria a isenção tributária.

Revogado o Decreto, findo o direito. Simples assim.

Logo, também não assiste razão ao recorrente nessa parte.

DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Alega o recorrente a ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício.

Sobre tal tema já se consolidou a jurisprudência deste Colegiado. Tal consolidação decorre de explicitação constante do CTN:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária."

Por sua vez, a Súmula CARF nº 5, esclarece:

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

A CSRF por meio de sua 2ª Turma, recentemente decidiu nesse sentido (Acórdão 9202-003.962, de 10/05/2016):

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Data do fato gerador: 20/07/2007, 01/08/2007, 05/11/2008

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.

Recurso Especial do Contribuinte negado

Recurso Voluntário negado também nessa parte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto e com base nos fundamentos apresentados, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Carlos Henrique de Oliveira - Redator designado.

CÓPIA