ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720648/2012-03

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	16327.720648/2012-03
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9202-006.501 – 2ª Turma**
Sessão de	26 de fevereiro de 2018
Matéria	30.604.4167 - IRRF - ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. 30.628.9999 - IRRF - PAGAMENTO A RESIDENTE NO EXTERIOR - OUTROS.
Recorrente	BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 08/05/2008

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. BENEFICIÁRIO NO EXTERIOR.

A incorporação de ações implica aumento de capital de pessoa jurídica, realizado mediante a conferência de ações de outra pessoa jurídica. A diferença entre o valor das ações entregues e o valor do aumento de capital enseja ganho de capital. O ganho de capital de beneficiário domiciliado no exterior implica a retenção do tributo na fonte.

No caso, ocorreu operação de incorporação de ações e foram identificados acionistas no exterior.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de oficio proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de oficio proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de realização de novo sorteio, suscitada pelo patrono do sujeito passivo em sede de

sustentação oral, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que acolheram a preliminar. Por unanimidade de votos, acordam em rejeitar a preliminar de conversão do julgamento em diligência para apreciação do Agravo, suscitada pelo patrono do sujeito passivo em sede de sustentação oral. A conselheira Patrícia da Silva acompanhou a rejeição da diligencia pelas conclusões. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Ana Paula Fernandes, que lhe deu provimento integral e as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deram provimento parcial. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Ana Paula Fernandes.

Nos termos do art. 58, §5º, Anexo II do RICARF, o conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado) votou apenas em relação à preliminar de realização de novo sorteio e não votou quanto à diligência para apreciação do Agravo, quanto ao conhecimento e quanto ao mérito do recurso, por se tratar de questões já votadas pelo conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator originário e Presidente em Exercício, na sessão de 30/01/2018, no período da manhã. Nos termos do art. 58, §13, Anexo II do RICARF, foi designada pela Presidente, como redatora *ad hoc* para este julgamento, a conselheira Patrícia da Silva.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva - Redatora *ad hoc*

Participaram das sessões de julgamento os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício na data da conclusão do julgamento), Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Mario Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em Exercício na data de início do julgamento).

Relatório

Da autuação ao acórdão do recurso voluntário

Trata o presente processo de exigência de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescido de juros de mora e multa de ofício, decorrente de falta de retenção do Imposto de Renda (IRRF) apurado sobre os ganhos de capital relativos à integralização de capital realizada por meio de conferência de ações de investidores não residentes por ocasião da incorporação de ações da Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding) CNPJ 08.695.953/0001-23, em 05/2008, pela Nova Bolsa S/A (Nova Bolsa) CNPJ 09.346.601/0001-25, atual BM&F Bovespa S/A Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BMFBovespa), conforme auto de infração de e-fls. 1127 a 1130, cientificado à contribuinte em 22/05/2012.

O procedimento fiscal com as razões da exigência dele decorrente está descrito no Termo de Verificação Fiscal – TVF, às e-fls. 1112 a 1126, sendo o montante do crédito tributário exigido de R$ 147.010.452,93, calculado até maio de 2012.

O auto de infrações foi objeto de impugnação pelo contribuinte, em 21/06/2012, anexada às e-fls. 1180 a 1242 dos autos. A impugnação foi apreciada na 10ª Turma da DRJ em São

Paulo I que, por unanimidade, em 31/01/2013, a julgou improcedente, mantendo o crédito tributário lançado, conforme acórdão n° 16-48.003, às e-fls. 1314 a 1341.

Inconformado, a contribuinte, em 16/08/2013, apresentou recurso voluntário, às e-fls. 1346 a 1445, no qual sustentou, em resumo:

> *(i) a decisão recorrida violou o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não foram apreciadas questões relevantes ao deslinde do caso ("1.2.2 - O Regime de Caixa Aplicável às Pessoas Físicas e aos Não-Residentes" e "2 - Da Ausência de Responsabilidade por parte da Impugnante - Inaplicabilidade do Artigo 26 da Lei n° 10.833/03 ao Presente Caso");*
>
> *(ii) o lançamento fiscal é ilíquido e incerto, pois não considerou/investigou os pagamentos realizados pelos contribuintes de fato (procuradores dos não-residentes);*
>
> *(iii) a Recorrente, por ser mera responsável e não contribuinte, não tem poder de ingerência ou persuasão sobre os efetivos contribuintes (não residentes), motivo pelo qual a Turma Julgadora deveria ter convertido o julgamento em diligência para evitar a cobrança de crédito tributário em duplicidade;*
>
> *(iv) a operação de incorporação de ações gera efeitos tributários diferenciados para as companhias incorporadora e incorporada e para os acionistas da incorporada; estes últimos tem suas ações substituídas, em verdadeira sub-rogação real;*
>
> *(v) os não-residentes (e pessoas físicas) sujeitam-se ao regime de caixa, apenas sendo tributados quando os rendimentos são efetivamente recebidos em dinheiro;*
>
> *(vi) ainda que se diga que a sub-rogação real ocorrida no presente caso possui efeitos permutativos, o fato é que não houve o recebimento de recursos financeiros, não havendo, portanto, que se falar na apuração de ganho de capital;*
>
> *(vii) não ocorreu o fato gerador do IRRF (pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de ganhos de capital a residentes no exterior);*
>
> *(viii) a tributação, no caso concreto, somente poderá ocorrer quando da alienação, pelos investidores não-residentes, das ações da Recorrente recebidas na incorporação de ações, o que acaba por resultar em duplicidade de tributação sobre os mesmos valores; e*
>
> *(ix) o artigo 23 da Lei n° 9.249/95 não se aplica ao caso concreto, já que não se trata de operação de integralização de capital.*
>
> *(x) o IRRF debatido nos autos só poderia ser exigido dos representantes legais dos investidores não-residentes, tendo em vista que a responsabilidade prevista no artigo 26 da Lei n° 10.833/03 apenas é aplicável nas hipóteses em que ônus*

financeiro não seja atribuído ao responsável tributário, como ocorreu no caso em apreço. O peso econômico do tributo deve ser sempre suportado por aquele que adquiriu eventual disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o contribuinte;

(xi) Na remota hipótese deste E. CARF considerar que a incorporação de ações resultou na apuração de ganho de capital tributável para os então acionistas da Bovespa Holding SA, o que se admite ad argumentandum*, supostos ganhos auferidos pelos Investidores 2.689 são isentos;*

(xii) A Turma Julgadora indevidamente desconsiderou o custo das ações da Bovespa \ \ Holding S.A. detidas pelos investidores diretos Lehman Bros Special Finance e Citigroup Financia! Products comprometendo novamente a liquidez e a certeza do auto de infração;

(xiii) Não são devidos juros sobre a multa de ofício, em clara obediência ao Princípio da Legalidade.

Em 17/10/2013, a Procuradoria da Fazenda Nacional trouxe aos autos contrarrazões ao recurso voluntário, às e-fls. 1516 a 1546, com base no § 2º do art. 48 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria n° 256 de 22/06/2009.

Em 15/04/2014, foi juntado processo memorial complementar da contribuinte, às e-fls. 1549 a 1553, ao qual vieram anexados pareceres de doutrinadores sobre a matéria. Ao final do memorial, o representante da contribuinte requer conversão do julgamento em diligência.

Cientificada do memorial e dos pareceres, a Fazenda Nacional apresentou manifestação, às e-fls. 1708 a 1732, que culminou com pedido de denegação do pedido de conversão em diligência e reiteração do pedido de desprovimento do recurso voluntário.

Em 08/06/2015, foi juntado ao processo mais um memorial complementar, cuja juntada fora solicitada em 14/08/2014, trazendo entendimento do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, segundo o qual inexistiria alienação de ações pelos acionistas no caso em apreço, e contrapondo-se a manifestação da PGFN.

A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF julgou o recurso voluntário em 10/03/2015, resultando no acórdão n° 2202-003.012, às e-fls. 1742 a 1808, que, por voto de qualidade, negou provimento ao recurso. Esse acórdão recebeu as seguintes ementas:

NULIDADE. INEXISTÊNCIA

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

NULIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade de acórdão amparada em falta de motivação, pois o acórdão contém fundamentação suficiente para a decisão adotada.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA . INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de diligência quando nada acrescentar aos elementos constantes dos autos, considerados suficientes para formação da convicção e o conseqüente julgamento do feito.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

GANHO DE CAPITAL. ALIENANTE, RESIDENTE NO EXTERIOR, DE BENS LOCALIZADOS NO PAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO.

Após a vigência da Lei n° 10.833, de 2003, o imposto sobre o ganho de capital na alienação de bens localizados no Brasil, por alienante residente no exterior, deve ser recolhido pelo adquirente.

POSSIBILIDADE DA RETENÇÃO PELO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO A estrutura de retenção na fonte demanda a incidência de três normas interdependentes. A primeira é a norma de incidência do Imposto de Renda; a segunda é a norma de substituição tributária que afeta a sujeição passiva do tributo, transferindo-a do contribuinte aos responsáveis, a terceira é a norma de retenção que autoriza o responsável reter o valor pago a título de tributos no pagamento efetuado ao contribuinte. A legislação além de autorizar a retenção, permite que o responsável assuma o ônus econômico do tributo, quando poderá utilizar esses valores a título de despesa na apuração do lucro real. Legitima a utilização do regime de retenção na fonte no recolhimento de Imposto sobre a Renda decorrente de incorporação de ações.

Indeferir Pedido de Diligência

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

O acórdão teve a seguinte dicção:

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, indeferir o pedido de diligência, rejeitar as preliminares, e no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JUNIOR e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), que proviam o recurso. Os Conselheiros PEDRO ANAN JUNIOR e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) apresentarão declaração de voto. Fizeram sustentação oral, pelo Contribuinte o Dr. Roberto

Quiroga Mosquera OAB/SP 83.755 e pela Fazenda Nacional a Drª Lívia da Silva Queiroz (Procuradora da Fazenda Nacional).

Embargos de declaração da contribuinte

Cientificada do resultado do acórdão em 12/06/2015 (e-fl. 1835), por meio da intimação nº 450/2015 da DEINF em São Paulo (e-fl. 1833), a contribuinte interpôs embargos de declaração em 18/06/2015, às e-fls. 1837 a 1848, apontando omissões, contradições e obscuridades no acórdão do recurso voluntário.

Em 1º/07/2015, no despacho de e-fls. 1926 a 1932, o Presidente da 2º Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento, não vendo qualquer vício a ser sanado na decisão, rejeitou os embargos. A intimação nº 526/2015 da DEINF em São Paulo (e-fl. 1934) deu ciência desse despacho à contribuinte em 08/07/2015 (e-fl. 1936).

RE da contribuinte

A contribuinte interpôs recurso especial de divergência - RE, às e-fls. 1938 a 1979, em 22/07/2015, entendendo que o acórdão recorrido merece ser reformado, tendo em vista as matérias, que abaixo resumimos:

a) nulidade do acórdão proferido pela DRJ;

b) natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não;

c) desconsideração do custo de aquisição dos investidores Lehman Bros e Citigroup;

d) isonomia em relação ao tratamento dado pela Lei nº 13.043, de 2014, quanto ao momento da disponibilidade aos acionistas e, consequentemente, ao valor da base de cálculo do ganho de capital; e

e) juros de mora calculados com base na Selic sobre a multa de ofício.

Aduziu, respectivamente, para cada matéria acima, como acórdãos paradigmas:

a) nº 1301-001.123 (e-fls. 2073 a 2077) e nº 105-16.694 (e-fls. 2080 a 2085);

b) nº 9202-003.579 (e-fls 2091 a 2147) e nº 2101-01.366 (e-fls. 2152 a 2163);

c) nº 1103-001.047 (2167 a 2210) e nº 3403-001.734 (e-fls. 2214 a 2234);

d) nº 9101-01.257 (e-fl. 2238 a 2242); e

e) nº 9101-00.722 (e-fls. 2246 a 2254).

Em despacho para exame da admissibilidade do RE da contribuinte, às e-fls. 2257 a 2279, a Presidente da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, com fundamento nos artigos 67 e 68, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, deu-lhe seguimento parcial, para que fossem rediscutidas as matérias dos itens *b)* - natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não - e *e)* - juros de mora calculados com base na Selic sobre a multa de ofício - apenas.

Para os itens *a)* e *d)* não ficou evidenciada a similaridade fática entre os paradigmas e o recorrido. No tocante ao item *c)*, inexistiu o necessário prequestionamento relativamente à legislação que a contribuinte indica ter sido interpretada de forma divergente.

No despacho de e-fls. 2280 e 2281, o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais confirmou as conclusões do despacho acima, vetando a apreciação das matérias dos itens *a)*, *c)* e *d)*.

A matéria do item *b)* apresentou quatro pontos de divergência nos paradigmas informados:

i) não ocorrência de alienação, mas substituição de participação societária, descabendo incidência do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988, pois para que ocorresse alienação seria necessária a ocorrência de negócio jurídico bilateral com transferência de bem ou direito a título oneroso, nos moldes previstos no Código Civil;

ii) existiria apenas sub-rogação, no patrimônio do acionista, de ações de uma empresa pelas de outra, por força de lei, e não integralização de capital pela pessoa física; esse procedimento se dá entre empresas e não entre o acionista e a sociedade incorporadora;

iii) não seria aplicável o art. 23 da Lei nº 9,249/1995, pois a incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens pelo acionista;

iv) inexistiria qualquer disponibilidade de renda pelo acionista, sendo o ganho apenas potencial, devendo haver alienação das ações recebidas com recebimento das quantias para existir tal ganho; não havendo recebimento do preço não há acréscimo patrimonial a ser tributado.

A matéria do item *e)* tem paradigma que afirma impossibilidade de exigência de juros de mora sobre multa de ofício por considerar que tais multas não decorrem da tributação, mas de descumprimento de dever legal de declarar ou pagar os tributos, inicidindo apenas sobre multas isoladas.

Contrarrazões da Fazenda

Cientificada em 07/04/2016 (e-fl. 2312) do RE da contribuinte, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões a ele em 20/04/2016, às e-fls. 2313 a 2322.

Quanto à discussão sobre a natureza jurídica da alienação das ações a Procuradora argumenta que na incorporação de ações há integralização de aumento de capital da incorporadora com bens (ações incorporadas) de propriedade do acionista, como previsão legal de que seja esta incorporação autorizada em assembleia, inexistindo, por isso, alienação forçada. Não ocorre alienação da ações para a holding e a partir dessa a incorporação, mas sim subscrição e incorporação de bens do acionista na incorporadora. Havida essa operação, e sendo o capital integralizado em valor superior àquele que consta na declaração de bens do proprietário das ações, existe ganho de capital tributável, de acordo com o § 2º do art. 23 da Lei nº 9.249/1995.

Não há que se falar em fato permutativo, pois em face do aumento do valor do bem constante na declaração de rendimentos do subscritor, pois a subscrição implica em

dívida de valor em dinheiro, obrigação pecuniária de integralizar o valor devido, apesar deste valor poder ser extinto por dação e pagamento por força de lei.

Quanto aos juros moratórios, em suma, o argumento é de que os débitos para com a União, referidos no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, sujeitos a juros de mora abrangem não apenas o tributo mas também a multa de ofício, pois ambos compõe o credito tributário, a partir da inteligência com o inc. I do § 1º do art. 44 do mesmo diploma.

Diligência

Em resolução de nº 9202-000.0367, de 28/09/2016, esta 2ª Turma converteu o processo em diligência, a fim de que se desse ciência do despacho de admissibilidade do recurso especial de divergência, bem com de seu reexame, um a vez que não se encontrava no autos comprovação de que tal ciência houvera sido realizada. A intimação (e-fl. 2334) para ciência foi efetuada através do AR à e-fl. 2335, em 03/02/2017.

Agravo

Em 09/02/2017, a contribuinte interpôs requerimento, às e-fls. 2338 a 2353, que intitula de agravo, em face do reexame de admissibilidade do seu recurso especial de divergência. Tomou por fulcro o disposto no art. 71 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria n° 343 de 09/06/2015, uma vez que a ciência do despacho de admissibilidade e de seu reexame se deu após a data de entrada em vigor desse regimento.

Em despacho de análise do referido requerimento, às e-fls. 2395 a 2397, datado de 28/04/2017, o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF não conheceu do recurso, pois entendeu que a apreciação do reexame se deu à luz do regimento anterior, para o qual não havia previsão de agravo, não sendo admissíveis outros recursos além daqueles previstos nas normas processuais vigentes à época em que prolatados os atos. Nem mesmo seria possível recepcioná-lo tal requerimento com embargo inominado, a fim de sanar eventual inexatidão material devida a lapso manifesto ou eventual erro de escrita ou de cálculo, pois o que a contribuinte desejava é a reformulação do juízo apresentado no despacho de reexame para adequá-lo à sua pretensão.

A contribuinte foi intimada (Intimação Dicat/Ecob nº 351/2017, e-fl. 2399) do resultado do despacho em sua caixa postal eletrônica em 11/05/2017 (e-fl. 2402), porém, contestou a ciência dessa intimação por meio do documento de e-fls. 2405 a 2406, no qual requer que todas as intimações sejam realizadas por meio postal com prova de recebimento, sob pena de nulidade, pois não havia sua autorização expressa para que fossem recebidas intimações por meio eletrônico, conforme regramento dos §§ 1º e 3º do art. 4º da Portaria MF nº 527/2010.

À e-fl. 2422, encontra-se cópia do AR com reenvio da referida intimação,com recebimento datado de 24/05/2017, sem manifestação posterior da contribuinte.

É o relatório

Voto

Conselheira Patrícia da Silva - Redatora *ad hoc*, nos termos do art. 58, §13, Anexo II do RICARF.

INTRODUÇÃO

Pelo que consta no processo, o recurso atende aos requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Preliminarmente, rejeito a alegação, trazida da tribuna em sede de sustentação oral, da necessidade de devolução dos autos, para análise do mérito do agravo. Com efeito, entendo que a decisão relativa a agravo contra admissibilidade de recurso especial seja da competência exclusiva do Presidente da CSRF, falecendo portanto competência ao colegiado para reversão da decisão monocrática. Assim, a decisão do então Presidente do CARF, de não conhecimento do agravo, por falta de previsão regimental, conforme fundamentado pelo despacho de e-fls. 2395 a 2397, é definitiva na esfera administrativa.

Para análise do mérito, inicio aqui meu voto delimitando a lide.

Com efeito, em face da matéria devolvida a este colegiado pelos despachos de admissibilidade e de reexame de admissibilidade do recurso especial, discutem-se dois pontos: (a) a natureza da operação de incorporação de ações e, consequentemente, se sua tributação é cabível e (b) a possibilidade de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Esclareço que não se aplica aqui a alegação, também colocada em sede de sustentação oral, de análise dos demais pontos do recurso, por decorrência lógica. Com efeito, entendo que esses pontos, não admitidos, não sejam necessários à exequibilidade da decisão. Na verdade, os referido demais pontos tratam da apuração do valor tributável, enquanto o pedido é somente o de afastamento da tributação da operação. Assim: (a) caso fosse deferido o pedido, não seria sequer necessária a análise do valor da operação, (b) caso negado o pedido, o valor tributável já estaria apurado pela decisão recorrida, sem haver lide admitida quanto a isso.

Verifica-se que o julgamento do primeiro ponto é prejudicial ao julgamento do segundo, pois caso a operação de incorporação de ações, em face de sua natureza, não enseje a ocorrência de fato gerador do tributo, não haverá que se discutir a questão dos juros de mora sobre a multa de ofício. Portanto, em primeiro lugar será analisada a natureza da operação de incorporação de ações.

DA NATUREZA DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Contextualização

Antes de iniciar a análise da matéria, cabe aqui sua contextualização. A exigência é de Imposto de Renda Retido na Fonte, por ganho de capital auferido por contribuinte domiciliado no exterior, por conta da operação de incorporação de ações, que - no entendimento da fiscalização - implica o aumento de capital em bens.

A operação de incorporação de ações consiste na atribuição de todas as ações do capital social de uma determinada companhia ao patrimônio de outra companhia, para converter aquela em subsidiária integral dessa.

Consequentemente, os antigos acionistas da subsidiária integral passam a fazer parte do quadro societário da companhia investidora da subsidiária integral.

Para fins de esclarecimento quanto ao instituto, cabe a reprodução do art. 252 da Lei das S/A, conforme a seguir:

> *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.*
>
> *§ 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.*
>
> *§ 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.*

No caso, temos a atribuição de ações da Bovespa Holding S/A (doravante denominada Bovespa Holding), detidas por acionistas não residentes, ao patrimônio da Nova Bolsa S/A, atual BM&F Bovespa S/A Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (doravante denominada BM&F), para converter a Bovespa Holding em subsidiária integral da BM&F. Consequentemente, os antigos acionistas da Bovespa Holding tornaram-se acionistas da BM&F.

Apenas a título de ilustração, faço a seguir referência aos valores envolvidos, conforme planilhas de fls. 1.095 a 1.111, até porque a discussão desses valores não foi devolvida a este colegiado:

- para fins de aumento do capital da BM&F, as ações da Bovespa Holding foram consideradas no valor unitário de R$ 24,82;

- o custo de aquisição de ações pelos investidores estrangeiros foi apurado, em separado, para: (a) investidores estrangeiros com posições acionárias custodiadas na CBLC e (b) investidores estrangeiros diretos;

- o ganho de capital foi apurado pela diferença entre o valor unitário de R$ 24,82 e o respectivo custo de aquisição, multiplicado pela quantidade de ações de cada acionista; e

- o Imposto de Renda a ser Retido na Fonte foi calculado pela aplicação da alíquota de 15% ou 25% conforme o país de domicílio do acionista.

Assim, esclarecidos os fatos do processo, bem como delimitada a lide, passo aqui a expressar meu entendimento quanto ao tratamento jurídico dos fatos.

Conforme já me posicionei anteriormente em relação ao tema, entendo que a operação de incorporação de ações implica necessariamente o aumento de capital na companhia investidora e esse aumento de capital é inequivocamente integralizado mediante a conferência das ações da companhia que se converte em subsidiária integral, nos termos do já referido art. 252, da Lei n° 6.404, de 1976.

Assim, para o antigo investidor da subsidiária integral, a diferença entre o valor das ações recebidas em face do aumento de capital da investidora e o valor de custo das ações da subsidiária integral, dadas em realização do capital, caracteriza ganho de capital, nos termos do art. 23, da Lei n° 9.249, de 1995, a seguir reproduzido:

> *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****.*
>
> (grifos na transcrição)

Esse ganho de capital, quando o beneficiário se encontra no exterior, deve ter o correspondente tributo recolhido pela sociedade adquirente das ações da subsidiária integral, nos termos do art. 26, da Lei n° 10.833, de 2003, abaixo reproduzido:

> *Art. 26.* ***O adquirente****, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior,* ***fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital*** *a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995****, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior*** *que alienar bens localizados no Brasil.*
>
> (grifos na transcrição)

Para confirmação de meu entendimento quanto à natureza da operação de incorporação de ações, faço referência ao artigo de Luís Eduardo Schoueri, publicado na Revista Dialética de Direito n° 200 "Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos

Tributários", pp. 59 a 60 e 66. a 67, que conclui no mesmo sentido, conforme a seguir reproduzido:

> *"Ante o exposto, concluímos que a incorporação de ações é:*
>
> *i) um negócio típico do Direito Societário, voltado à concentração empresarial;*
>
> *ii) que se operacionaliza mediante:*
>
> *a) o aumento de capital da sociedade "incorporadora", em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;*
>
> *b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade 'incorporada', também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma autorização para fazê-lo no lugar dos acionistas;*
>
> *iii) que apresenta os seguintes efeitos:*
>
> *a) alienação das ações da 'incorporada', a título de integralização do capital da 'incorporadora';*
>
> *b) transformação dos sócios da 'incorporada' em sócios da 'incorporadora';*
>
> *c) conversão da 'incorporada' em subsidiária integral da 'incorporadora'.*
>
> *(...)*
>
> *Como acima evidenciado, na incorporação de ações, existe uma verdadeira alienação (disposição do direito de propriedade) das ações da sociedade 'incorporada'. Logo, eventuais diferenças entre o valor de alienação de tais ações e o respectivo custo poderiam gerar a apuração de ganho (se positiva a diferença) ou perda (se negativa a diferença) de capital. O ganho de capital seria tributável para ambas as espécies de acionistas;*
>
> *(...)*
>
> *Com relação ao tratamento fiscal a que se submete o acionista pessoa física na incorporação de ações, uma evidência da compatibilidade entre a apuração de ganho de capital e o conceito de renda é oferecida pelo artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, que, ao que nos consta, nunca teve sua legalidade ou inconstitucionalidade questionada, muito menos declarada:*
>
> *(...)*
>
> *Veja-se que interessante: o dispositivo acima transcrito alude à transferência de bens a título de integralização de capital. Na incorporação de ações, ocorre uma subscrição de capital com bens sujeita a regime extraordinário. O artigo 23 da Lei nº 9.249/1995 não esclarece ser aplicável apenas a conferência de bens que segue à risca os artigos 7º a 10 do Estatuto do Anonimato, nem que ele não se aplica nos casos em que as pessoas físicas são representadas, ainda que indiretamente.*

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

Com base nesse entendimento, já é possível negar provimento ao recurso. Entretanto, para exaurir o tema, passo agora a analisar cada um dos quatro argumentos apresentados pela recorrente, a título de divergência quanto a essa matéria admitida:

i) não ocorrência de alienação, mas substituição de participação societária, pelo fato de a operação não caracterizar negócio jurídico bilateral oneroso;

ii) Inocorrência de subscrição/integralização de capital por parte do acionista, pela operação se dar entre empresas e não entre o acionista e a sociedade incorporadora;

iii) Inaplicabilidade do art. 23 da Lei nº 9.249/1995, por não ter havido subscrição de capital em bens pelo acionista;

iv) inexistência de renda para o acionista, sendo o ganho apenas potencial.

Vejamos em separado cada um desses fundamentos apresentados pelo recorrente, a título de divergência quanto ao entendimento da natureza da operação.

Ocorrência de Alienação

Não se sustenta a afirmação de que não teria ocorrido alienação de ações, mas substituição de participação societária, pelo fato de a operação não caracterizar negócio jurídico bilateral oneroso.

Com efeito, trata-se de alienação das ações porque elas passam da titularidade do acionista no exterior para a investidora da subsidiária integral. Entendo, ainda, ser contrato bilateral e oneroso pelo fato de os envolvidos terem interesses próprios na operação e serem obrigados a realizar prestações, ainda que através de atos societários próprios operacionalizados pelas pessoas jurídicas envolvidas. Nesse sentido, cabe referência ao voto, vencido, da relatora do acórdão n° 9202-003.579, da lavra da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, que à época acompanhei:

> *Destarte, verifica-se que* ***o negócio jurídico*** *tipificado no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976,* ***embora seja denominado "incorporação de ações", trata-se, na sua essência, de uma modalidade de alienação, materializada pela transferência de ações, dos sócios daquela que passará a ser subsidiária integral, para a empresa incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens****. Em contrapartida a incorporadora, ao invés de numerário, paga o respectivo preço também em ações. Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja*

> *atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho, conforme os dispositivos legais já colacionados, constantes da Lei Complementar e da Lei nº 7.713, de 1988.*
>
> *(grifos na transcrição)*

Tanto isso é verdade que o acionista, caso não concorde com a operação, tem garantido o direito ao recebimento do valor da ação utilizado para aumento de capital, nos termos do § 2° do art. 252 da Lei das S/A:

> *Art. 252. ...*
>
> *§ 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****.*
>
> *(grifos na transcrição)*

Aliás, no mesmo sentido manifestou-se Luís Eduardo Schoueiri na já referida obra à p. 57, enfrentando este aspecto específico do tema, nos seguintes termos:

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

Caracterização de Subscrição de Ações

Discordo do entendimento esposado pelo recorrente de que as diferenças por ele apontadas entre a operação de incorporação de ações e a subscrição de ações implicariam tratamento tributário diferenciado, defendendo que na incorporação de ações ocorra mera sub-rogação do acionista.

Na verdade, entendo que, em que pese haver diferença entre as operações de incorporação de ações e de subscrição/integralização de capital simples, o fato é que, para ocorrência da incorporação de ações é necessária a realização de aumento de capital em uma companhia, com a consequente subscrição de ações e sua integralização com a conferência de bens. E todo esse procedimento é realizado em nome e em benefício dos antigos acionistas da companhia convertida em subsidiária integral.

Frise-se que esse é o entendimento de Fran Martins, na obra Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.040):

> *... na verdade, a conversão de uma sociedade anônima existente em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não em dinheiro mas com as ações dos acionistas da sociedade a ser incorporada.*

Com relação ao argumento de ocorrência de mera sub-rogação do acionista na titularidade das novas ações, em detrimento da operação de subscrição de ações, discordo do recorrente e comungo do entendimento da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, expresso no voto vencido do já referido acórdão n° 9202-003.579, que à época acompanhei, a seguir reproduzido:

> ***Quanto à identificação da incorporação de ações com uma sub-rogação real, esta não se sustenta**, já que, conforme o próprio trecho colacionado pelo Contribuinte, excerto do voto condutor do acórdão recorrido, com tal sub-rogação "opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído".*
>
> *Ora, de plano constata-se que a incorporação de ações não se amolda a tal definição, já que **o dispositivo legal que a prevê em momento algum aponta para uma relação de substituição absoluta, muito menos para a manutenção da mesma natureza jurídica ou o mesmo regime jurídico do bem substituído**. A título de exemplo, a própria classe das ações poderia ser diferente, após a incorporação. A impropriedade de tal comparação foi inclusive registrada por Luís Eduardo Schoueri, em obra já citada no presente voto (p. 52):*
>
> > *"Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.*
> >
> > *Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de 'B' deveriam ser consideradas como ações de 'A'. Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia 'incorporada', como as da 'incorporadora', são tratadas em si e por si. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de 'B' não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de 'A', o que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta."*
> >
> > *(grifos na transcrição)*

Ocorrência de Integralização de Capital em Bens

Ao contrário do alegado pelo recorrente, entendo perfeitamente aplicável ao caso o art. 23 de Lei n° 9.249, de 1995, por ter ocorrido efetiva integralização de capital em bens, a conferência das ações da companhia convertida em subsidiária integral ao patrimônio da investidora, cujo capital é aumentado.

Existência de Renda para o Beneficiário

A alegação de inexistência de renda para o beneficiário, sob o argumento de não ter ocorrido recebimento de valores e que somente ocorreria renda quando da ulterior alienação das ações por ele recebidas em decorrência da operação de incorporação de ações, também não socorre o recorrente. Com efeito, o conceito de renda é mais abrangente do que o recebimento de valores, nos termos do disposto no art. 43 da Lei n° 5.172, de 1968 (Código Tributário Nacional) e o regime de caixa é - no caso - afastado por dispositivo específico (art. 23 da Lei n° 9.249, de 1995) determinando o critério de apuração do ganho de capital.

Nesse sentido, cabe mais uma vez reprodução aqui do entendimento da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, no já referido acórdão 9202-003.579:

> *Feitas estas considerações, verifica-se que a tributação do Imposto de Renda envolve uma série de incidências, legalmente previstas, cuja matriz encontra-se no art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:*
>
> > *"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*
> >
> > *I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*
> >
> > *II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*
> >
> > *§ 1o A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção*
> >
> > *(...)"*
>
> *O dispositivo legal acima não deixa dúvidas acerca da abrangência da tributação do Imposto de Renda, abarcando qualquer evento que se traduza em aumento patrimonial, independentemente da denominação que seja dada à operação ou ao ganho. Nesse passo, resta cristalino que a exclusão da tributação pelo Imposto de Renda, de qualquer acréscimo patrimonial, tem de estar prevista em lei, já que a regra geral é a tributação.*

Assim, é de se negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte quanto a essa matéria.

DOS JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Com relação aos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício, em que pese os argumentos do contribuinte, entendo que, de acordo com o art. 61, §3º da Lei nº 9.430, de 1996, utilizado pela autoridade lançadora para fins de caracterização da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, não assista razão ao recorrente.

Com efeito, os juros de mora devem incidir sobre o crédito tributário, o que inclui a multa de ofício, visto que: (a) decorre, sim, a referida multa de ofício dos referidos tributos ou contribuições quando lançados pela autoridade tributária e, ainda, (b) a multa de ofício integra, ainda, a obrigação tributária principal, com fulcro no art. 113, §1º do Código Tributário Nacional, bem como o conceito de crédito tributário, cabível assim a incidência de juros de mora sobre seu valor, com fulcro no art. 161 do CTN.

Conforme já colocado, entendo decorrer tal abrangência da multa de ofício no conceito de crédito tributário diretamente do disposto nos arts. 142 e 161 do CTN, na forma disposta no voto de relatoria do Conselheiro Marcelo Oliveira no âmbito do Acórdão 9.202-002.600, o qual adoto aqui como razões de decidir, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Quanto ao mérito, em nosso entender o Código Tributário Nacional (CTN) define a questão.*
>
> > *CTN:*
> >
> > *Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*
> >
> > *...*
> >
> > *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.*
> >
> > *§1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*
> >
> > *§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*
>
> *Pela leitura das determinações legais acima chegamos à conclusão que a multa de ofício – apesar de não possuir natureza tributária – integra o crédito tributário, pois este é composto pelo tributo somado aos acréscimos legais, incluindo o valor da multa, como fica claro no Art. 142 do CTN, que inclui, no término da sua redação, a aplicação da penalidade cabível. (g.n.)*

Portanto, também deve ser negado provimento ao Recurso Especial do Contribuinte quanto a essa matéria.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes

Em que pese o excelente voto do relator reproduzido pela relatora nomeada 'a doc' ressalto meu entendimento contrário no que se refere a exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte, por ganho de capital auferido por contribuinte domiciliado no exterior, por conta da operação de incorporação de ações, que - no entendimento da fiscalização - implica o aumento de capital em bens.

Segundo o Fisco, teria ocorrido omissão de rendimentos, pois a incorporação de ações equivaleria a uma alienação, equiparando a operação à hipótese de integralização de capital, prevista no artigo 23 da Lei 9.249/95, o que atrairia a regra de incidência do parágrafo 3º do artigo 3 da Lei 7.713/88.

Saliento que este colegiado já discutiu situações semelhantes, nas quais inclusive já manifestei respeitosamente meu entendimento contrário a tese adotada pelo relator. Entendimento este que divide o colegiado.

A jurisprudência dos Tribunais Federais tem seguido uma outra linha de raciocínio o que leva por consequência a um resultado muito mais benéfico aos contribuintes do que aquela adotada pela fiscalização e mantida pela atual composição do CARF.

Para jurisprudência Pátria é preciso que se faça uma distinção entre a incorporação de sociedades — em que há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, que deixa de existir — e a incorporação de ações em que a incorporada continua ativa, havendo apenas a transferência das ações para a incorporadora.

Quanto a substituição de ações (incorporação) esta não gera por sí só ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações, observe-se julgado do TRF4 discutindo os reflexos da Incorporação de Ações no imposto de renda da Pessoa Física:

> *TRIBUTÁRIO. SOCIETÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE*

RECEBIMENTO DE VALORES. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DE SE CONSIDERAR A HIPÓTESE COMO ALIENAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCAL. DECISÃO POR MAIORIA.

1. Há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, que deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia. 2. No caso dos autos, a parte autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte autora subrogaram-se nas novas ações, tendo sido matido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei das Sociedades Anônimas. (Lei 6.404/76) 3. Hipótese em que a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Sociedades Anônimas, não está sujeita à incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações. (Processo 50527934220114047000/TRF).

A tributação de Imposto de Renda da Pessoa Física, para o desembargador, "representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio, e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do Imposto de Renda da pessoa física".

A própria CVM em parecer destinado a responder consulta formulada pelo SINDCOR – Sindicato das Corretoras de Valores do Estado de São Paulo nos autos do Processo CVM RJ-2014-2584, sustentou-se que a incorporação de ações é distinta do aumento de capital, com lastro em posicionamento já adotado pelo mesmo órgão no âmbito do processo CVM RJ-2010-13425.

Destacou-se, à ocasião do voto vencedor em 2011, que a "incorporação de ações é compulsória e determinada pela maioria do capital votante de cada uma das companhias envolvidas em deliberação assemblear", caracterizando-se a operação como sub-rogação legal real.

Não há dúvida de que a Incorporação de ações pode gerar um ganho de capital, contudo o momento de análise desta, ou seja, a ocorrência do fato gerador deve seguir o que determina a regra geral do imposto de renda, ganho de capital é tributado quando implementado efetivamente o patrimônio jurídico do contribuinte, não há que se falar em ganho de capital ficto, o imposto somente pode ser cobrado quando houver efetiva realização financeira do eventual ganho, respeitando assim o conceito de disponibilidade econômica ou jurídica constante do art. 43 do CTN.

Acerca do conceito de disponibilidade, são pertinentes as lições do Professor Alcides Jorge Costa citadas no voto do Ministro Cezar Peluso na ADI nº 2.588/DF e constantes do relatório geral da XI Jornada do Instituto Latino Americano de Direito Tributário, realizada no Rio de Janeiro em 1983:

> *"Cabe, portanto, indagar o que é disponibilidade antes de perguntar-se o que significa 'econômica' e 'jurídica'. Disponibilidade é a qualidade do que é disponível. Disponível é aquilo de que se pode dispor. E entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar. Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada, etc. Parece importante esta conceituação inicial pois ela afasta, desde logo, a tributação de renda virtual ou ainda não realizada. Assim, a valorização de imóveis não pode ser tributada senão quando a renda dela decorrente possa ser utilizada, empregada etc., o que só acontece quando ela deixar de ser virtual e se torna efetiva, como numa alienação do imóvel. Ou, em se tratando de sociedade, através de uma reavaliação, em que a disponibilidade ocorre indiretamente, através das ações que o acionista recebe gratuitamente" (Imposto sobre a renda. A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. Revista de Direito Tributário, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 40, Ano 11, p. 105, abr.-jun. 1987).*

Segundo o entendimento manifesto acima, no primeiro caso (pessoa física), há mera expectativa de renda (renda fictícia). Somente com a venda do imóvel é que se efetiva a disponibilidade (STF - RE 611.586 PARANÁ).

Ora, se não há incidência de Imposto de Renda para a pessoa física, não há que se falar no imposto de renda retido na fonte, vez que este é retido por obrigação substitutiva na qual a Empresa é obrigada por força de lei em reter e repassar aos Cofres Públicos o imposto devido pelo Contribuinte – investidores – referente a suposto Ganho de Capital.

Diante do exposto voto por conhecer e dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes