



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16327.720960/2014-51  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9202-010.643 – CSRF / 2ª Turma**  
**Sessão de** 23 de março de 2023  
**Recorrente** BANCO BRADESCO S/A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)**

Ano-calendário: 2009

RECURSO ESPECIAL. ART. 67 DO RICARF. COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA.

Deve ser conhecido o Recurso Especial de Divergência quando restar comprovado que, em face de situações equivalentes, a legislação de regência foi aplicada de forma divergente por diferentes colegiados.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (relatora), Joao Victor Ribeiro Aldinucci e Ana Cecilia Lustosa da Cruz, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri – Relatora

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti – Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mauricio Nogueira Righetti, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Miriam Denise Xavier (suplente convocado(a)), Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

## Relatório

Trata-se de lançamento por meio do qual exige-se Imposto de Renda Retido na Fonte-IRRF no ano-calendário de 2009, cuja fundamentação envolve operações de incorporações de ações. O lançamento pode assim ser resumido:

17. O contribuinte caracteriza a operação como sendo de “Incorporação de Ações”, conforme Instrumento Particular entregue em 09/01/2014. A Secretaria da Receita Federal do Brasil tem manifestado, por meio de diversas autuações e notas internas, o entendimento de que, nos casos em que o negócio “**Incorporação de Ações**”, previsto no artigo 252 da Lei n.º 6.404/1976, gere um ganho de capital para o acionista que tem suas ações incorporadas, **como ocorrido no presente caso**, tal ganho de capital deve ser tributado pelo Imposto sobre a Renda como fruto de uma **alienação**, como prevê o § 3º, do artigo 3º, da Lei n.º 7.713/1988.

...

33. Tendo em vista o exposto, cabe lançamento tributário de Imposto de Renda Retido na Fonte-IRRF relativo à efetivação ocorrida em 29/10/2009 do negócio previsto no “Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações e Outras Avenças”, o qual não foi retido nem recolhido pela fiscalizada, que reveste-se da condição de Sujeito Passivo responsável.

...

Após o trâmite processual, a 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, por meio do acórdão 2202-004.339, integrado pelo acórdão de embargos de n.º 2202-005.183, negou provimento ao recurso voluntário para classificar a incorporação de ações como negócio jurídico da espécie de alienação. Nos termos do voto vencedor, dado que a alienação é um negócio jurídico de caráter genérico que designa qualquer situação que possua como resultado final a transferência do domínio de uma coisa para outra pessoa, então, como corolário lógico disso, entende-se que na incorporação de ações, por justamente ensejar a uma verdadeira transferência de titularidade jurídica e, no caso concreto, com valoração a preço de mercado das ações dadas em conferência de capital, se enquadra no gênero "alienação", atraindo assim a tributação do ganho de capital.

O acórdão **2202-004.339**, recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este

superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

#### MULTA DE OFÍCIO

Tendo o Auditor Fiscal aplicado a multa prevista em lei, agiu em conformidade com o seu dever, em face de a atividade do lançamento ser plenamente vinculada.

#### INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

Após o lançamento, incidem juros sobre a multa de ofício, pois, esta integra o crédito tributário lançado, não havendo que se fazer distinção em relação à aplicação da regra contida no artigo 161 do Código Tributário Nacional CTN.

Por sua vez o acórdão de embargos de n.º 2202-005.183, foi assim ementado:

#### ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2009

#### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Verificada a existência de omissão, obscuridade e contradição no julgado é de se acolher os embargos de declaração apresentados pelo Contribuinte.

#### NULIDADE. FALTA DE CAPITULAÇÃO LEGAL

Comprovada a regularidade do procedimento fiscal, que atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN e presentes os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

#### GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR

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 auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

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.

A legislação tributária não exige que a tributação pelo imposto sobre a renda no ganho de capital dependa do pagamento em pecúnia.

#### INAPLICABILIDADE DO PARECER NORMATIVO CST 39/1981

Não cabe a aplicação do Parecer Normativo CST n. 39/1981, por tal parecer está derogado pela Lei n. 7.713/1989, e, tal ato normativo é aplicado no caso de incorporação de sociedade.

#### REGISTRO BANCO CENTRAL

Registro de investimento do capital estrangeiro efetuado no Banco Central do Brasil não tem aptidão para interferir nos efeitos tributários das operações de alienação de ações.

## SOLUÇÃO DE CONSULTA CVM. PARECER DA PROCURADORIA JUNTO À CVM

Solução de Consulta feita à CVM e Parecer da Procuradoria Especializada junto à CVM não possuem caráter vinculante no âmbito do CARF.

Intimada o Contribuinte apresentou Recurso Especial o qual foi parcialmente admitido. Nos termos do despacho de admissibilidade e despacho em agravo, três são as matérias devolvidas para o debate deste Colegiado: “a” ausência de alienação na hipótese de incorporação de ações (paradigmas acórdãos 9202-003.579 e 1401-003.037), “b” ocorrência de sub-rogação real na incorporação de ações (paradigma acórdão 9202-003.579) e “c” aplicação do regime de caixa aos não residentes (paradigma n.º 9202-003.579).

Contrarrrazões da Fazenda Nacional pugnando pelo conhecimento parcial do recurso e no mérito pelo seu não provimento.

É o relatório.

### Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri – Relatora

Conforme exposto o recurso devolve a este Colegiado o debate acerca da natureza jurídica do instituto da “Incorporação de Ações”.

### Do Conhecimento:

Em sede de contrarrrazões pugna Fazenda Nacional pelo não conhecimento da terceira divergência, qual seja: aplicação do regime de caixa aos não residentes.

Neste caso, e nos termos do despacho em Agravo, o recurso foi admitido com a seguinte conclusão: **contata-se que o cotejo feito no Recurso Especial evidenciou que no recorrido entendeu-se aplicável o regime de caixa, independentemente, de pagamento em dinheiro, enquanto no paradigma 9202-003.579 considerou-se inaplicável o regime de caixa à incorporação de ações por não ter havido entrega de dinheiro.**

No caso concreto temos uma incorporação de ações envolvendo pessoas jurídicas com o seguinte desenho:

Duas pessoas jurídicas estrangeiras, Morelia e Cortines, residentes em Luxemburgo, compartilhavam entre si 100% do capital da pessoa jurídica Ibi Participações, com residência e domicílio fiscal no Brasil.

Depois de prévias negociações, que resultaram na assinatura do contrato intitulado Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações e Outras Avenças (vide fls. 17 a 72), em 29/10/2009, houve a incorporação de 100% das ações da Ibi Participações pelo Banco Bradesco, de modo que aquela se tornou subsidiária integral deste, nos termos do artigo 252 da Lei n.º 6.404, de 1976.

Em consequência, aquelas pessoas jurídicas estrangeiras receberam em troca de sua participação ações da pessoa jurídica incorporadora, em proporção que obedeceu a critérios estabelecidos nas negociações prévias e que levaram também em conta laudos de avaliações tanto da pessoa jurídica incorporada, como também da incorporadora.

Posteriormente, em 09/12/2009, Morelia e Cortines venderam suas ações do Bradesco para NCF Participações, empresa pertencente ao mesmo grupo de que faz parte o Banco Bradesco. Nessa ocasião, foi calculado um ganho de capital igual ao que o atuante entendeu devido em 29/10/2009 e efetuado o recolhimento do IRRF por parte da NCF Participações.

Para auditoria fiscal ocorreu ganho de capital e era obrigatório efetuar a retenção do IRRF quando houve a incorporação das ações da Ibi Participações pelo Banco Bradesco e simultaneamente a substituição das ações daquela por ações desta. Como esta operação corresponde a uma alienação por residente no exterior, no entender do fiscal atuante, caberia ao próprio Banco Bradesco reter e recolher o IRRF.

Diante do caso concreto a divergência foi travada em razão do fato de a operação, envolvendo beneficiário residente no exterior, se sujeitar às regras do ganho de capital aplicáveis às pessoas físicas residentes no país, haja vista equiparação prevista no art. 18 da Lei nº 9.249/95: *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.*

Com essa premissa o voto vencido do acórdão recorrido aplicou o mesmo entendimento externado pelo acórdão paradigma, concluindo que no caso da pessoa física (e, por consequência, aos equiparados) somente haveria ganho de capital quando o efetivo recebimento da renda, no caso concreto esse momento teria ocorrido exatamente em 09/12/2009, momento em que as sociedades Morelia e Cortines decidiram alienar à NFC Participações S/A as ações que receberam na operação de incorporação ora discutida.

O voto vencedor, para desconstituir a argumentação subsidiária acima, após concluir no sentido de ser a incorporação de ações uma alienação, expõe haver ganho de capital sempre que ocorrer um incremento do patrimônio do contribuinte, independentemente da existência ou não do recebimento de dinheiro. E, no caso concreto, quando da incorporação das ações da Ibi Participações pelo Banco Bradesco, elas foram reavaliadas a um valor de mercado, superior ao seu custo, e o resultado da avaliação foi utilizado para integralizar o aumento de capital efetuado pelo Banco Bradesco. Concluiu o acórdão ter havido ganho, esse realizado sob outras formas. Quanto a este ponto assim conclui o Recorrido:

**É certo que, o ganho de capital se dá no momento do efetivo recebimento dos valores por parte da pessoa física, como entende a i. Relatora. Contudo, no caso sob análise, o efetivo recebimento ocorreu no momento da aquisição/incorporação das ações, pois, o pagamento pela aquisição pode se dar de várias formas, com dinheiro, imóveis, jóias, obras de arte, e também com ações societárias, no caso, as novas ações do Banco Bradesco.**

Ou seja, no entendimento dessa Relatora, voto vencido e vencedor são convergentes acerca do ganho de capital envolvendo pessoa física se realizar no efetivo recebimento de valores, ficando a divergência apenas no debate sobre qual situação representa esse “efetivo recebimento”: pagamento em pecúnia ou recebimento de bens e direitos.

A divergência suscitada pelo Contribuinte em sede de recurso especial e com base no acórdão paradigma nº 9202-003.579 é exatamente essa: em qual momento se verifica a

existência do ganho de capital: na “mera” incorporação das ações ou no recebimento pelas beneficiárias de valor decorrente da venda posterior das novas ações. Diante da equiparação legal entre o tratamento dado aos não residentes e às pessoas físicas, o fato de as operações ora analisadas envolverem pessoas jurídicas e no paradigma pessoa física caracteriza divergência incidental que não impede o conhecimento do recurso.

Neste sentido, ratificando o despacho de admissibilidade e partindo da premissa de haver uma equiparação do tratamento dado aos não residente e às pessoas físicas, deve o recurso ser conhecido, valendo citar parte do despacho em agravo:

Efetivamente, não houve controvérsia sobre a aplicação aos não residentes das normas estabelecidas para pessoas físicas, de forma que o fato de o paradigma não tratar de não residentes não é, por si só, algo que o desqualifique para fins de demonstração do dissentimento interpretativo.

Observa-se, no Recurso Especial, que o ponto de divergência foi a aplicação ou não do regime de caixa sem o recebimento de dinheiro na operação. Isso é confirmado pelas contrarrazões que defenderam ser o pagamento em dinheiro apenas uma das espécies de pagamento, sendo que a aplicação do regime de caixa independeria de pagamento *em dinheiro*.

Feitos esses esclarecimentos, contata-se que o cotejo feito no Recurso Especial evidenciou que no recorrido entendeu-se aplicável o regime de caixa, independentemente, de pagamento em dinheiro, enquanto no paradigma 9202-003.579 considerou-se inaplicável o regime de caixa à incorporação de ações por não ter havido entrega de dinheiro.

Assim, as conclusões foram diversas não porque recorrido tratou de não residente e paradigma cuidou de residente, mas sim por ter havido um dissentimento interpretativo sobre a exigência ou não de pagamento em dinheiro para aplicação do regime de caixa.

Neste sentido, conheço do recurso.

### **Do mérito:**

No mérito o debate gira em torno de definição da natureza jurídica da operação de incorporação de ações. Embora o tema tenha subido com base em duas divergências entendo que a análise pode ser feita de forma conjunta.

Para a fiscalização a operação de aumento do capital social de empresa por meio da incorporação de ações pertencentes a outra pessoa jurídica que será extinta, é negócio societário que possui natureza de alienação. Isso porque os sócios da empresa incorporada recebem como ‘pagamento’, no momento da incorporação das suas quotas ao capital da empresa adquirente, novas ações, essas valorizadas nos exatos termos em que precificado pelo laudo de avaliação apresentado pela ‘compradora’. Haveria, então pagamento em bens, sendo inegável a possibilidade de ganho de capital e, por decorrência, incidência de imposto sobre a renda.

É destacado pela autuação que é o próprio art. 252 da Lei nº 6.404/76, que traz essa previsão:

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.

Entretanto, a previsão de recebimento das ações equivalentes pelos titulares das ações incorporadas por si só não gera acréscimo patrimonial sujeito à apuração do ganho de capital.

Como foi destacado no acórdão recorrido e na peça de contrarrazões a presente discussão possui correntes bem definidas, essas já debatidas por este Colegiado: incorporação de ações como alienação de bens ou como espécie de sub-rogação real. Entretanto, antes de aproximá-la a uma ou a outro instituto, ambas correntes convergem para o entendimento de que a alienação é negócio societário típico à Lei das Sociedades Anônimas. O Professor Luís Eduardo Shoueri em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, nº 200, p. 44, citando o Jurista Alberto Xavier, esclarece que a incorporação de ações observa um esquema típico peculiar ao Direito Societário “não se vislumbrando a possibilidade de aproximá-lo com qualquer outro tipo negocial previsto pelo Direito Privado”.

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

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

No caso concreto, diante da equiparação da operação (não residente) ao ganho de capital das pessoas física, aplicamos ao caso o art. 43 do Código Tributário Nacional, o qual define como fato gerador do IRPF a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de

proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda:

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

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

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

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

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

Entende-se por “disponibilidade econômica” a percepção efetiva da renda ou provento. A aquisição se dá pelo fato material, independentemente da legalidade, ou não, do modo de obtenção. Portanto, a disponibilidade poderia ocorrer de forma não acolhida pela ordem jurídica.

Já a “disponibilidade jurídica” diz respeito à aquisição de um título jurídico que confira direito de percepção de um valor definido, ingresso de forma legal, no patrimônio. É a aquisição por meio de uma das formas legítimas e legais, de acordo com o direito. Pressupõe a disponibilidade econômica, enquanto a “disponibilidade financeira” é o ingresso físico do valor cuja disponibilidade econômica ou jurídica foi previamente adquirida. Nesse caso, existe a posse efetiva dos valores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, se o imposto em questão possui como fato gerador a aquisição, econômica ou jurídica de renda ou provento e se nos casos da pessoa física esse ganho somente ocorre com o efetivo recebimento das parcelas de valores, deve -se afastar a tributação do ganho de capital apurado a partir da mera realização de operação de incorporação de ações.

Por refletir meu posicionamento, peço vênias para transcrever entendimento externado pelos Doutores André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca em artigo intitulado “Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. Necessidade de Realização da Disponibilidade do Acréscimo Patrimonial. Estudo de caso.”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 238, p. 28. Nesta obra os autores analisam o ganho de capital de pessoa física que integralizou capital de sociedade limitada com imóvel e, embora defendam que referida operação se assemelha mais a um contrato de permuta sem torna, a ideia de acréscimo patrimonial segue no mesmo sentido de inexistir ganho sem percepção efetiva da renda. Vejamos:

Em sendo assim, indaga-se: é razoável exigir imposto de renda sobre ganho de capital do contribuinte que, ao integralizar o capital social com bem de sua propriedade, recebe em retorno cotas de sociedade limitada, avaliadas em montante muito superior ao valor do imóvel integralizado, mesmo não havendo disponibilidade financeira na operação que viabilize o pagamento do Imposto de Renda e desde que as cotas herdem o custo do bem conferido ao capital? Ou, em situações como tais, aplica-se a regra da permuta sem torna, que, no presente caso, geraria o diferimento do pagamento do imposto sobre ganho de capital para o momento da alienação das cotas recebidas em retorno da integralização do capital social?

...

Muito embora seja comum a análise individualizada de operações que envolvam a apuração de ganhos de capital (essa é a dinâmica da legislação, principalmente para as pessoas físicas, em que essa tributação ocorre de forma segregada dos demais rendimentos), não se pode olvidar do fato de que ganho de capital é um rendimento e, como tal, deve guardar respeito ao conceito constitucional de renda, que pressupõe a ocorrência de um acréscimo patrimonial adquirido, realizado e disponível. Ou seja: ganho de capital também é renda e assim deve ser considerado. Logo, para se averiguar a existência de ganho em determinada operação deve-se inicialmente partir da definição de renda ofertada pelo próprio STF - que não é recente, diga-se de passagem.

A Suprema Corte, historicamente, sempre considerou ser renda "um ganho ou um acréscimo de patrimônio", que ocorre "mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso". Tal entendimento está em perfeita consonância com a competência atribuída à União para tributar rendas e proventos de qualquer natureza (CR/1988, art. 153, III), exigindo a ocorrência de um acréscimo patrimonial para que se tenha renda do ponto de vista tributário, posicionamento igualmente seguido pela doutrina especializada.

....

Contudo, é preciso ressaltar que, a despeito do fato de uma definição econômica pura de renda incluir acréscimos decorrentes da mera oscilação de valor, apenas os ganhos de capital efetivamente realizados podem ser tidos como rendimentos tributáveis. São três os principais motivos para tanto:

a) dada a diversidade de ativos capazes de sofrerem valorização em um dado intervalo de tempo, seria impraticável que o Fisco buscasse tributar essa valorização em bases correntes;

b) a tributação de ganhos não realizados poderia violar a capacidade contributiva, na medida em que não se tem certeza de sua ocorrência no futuro; e

c) poderia ainda levar à alienação do ativo com a finalidade exclusiva de pagamento do tributo.

...

Para fins de incidência do Imposto de Renda, não basta que o acréscimo patrimonial tenha ocorrido e que esteja disponível, pois é necessária a sua realização (princípio da realização da renda). Trata-se de comando constitucional, que deriva de forma direta do princípio da capacidade contributiva. Por realização da renda entende-se a necessidade de que o "acréscimo potencial se transforme em realidade por algum negócio ou ato jurídico de alienação, ou seja, pela ocorrência de algum fato real de mutação patrimonial".

Portanto, a renda deve estar realizada, sem o que a tributação incidirá sobre uma manifestação apenas potencial de riqueza, que irá afrontar a capacidade econômica eleita pelo legislador como apta a ser tributada, a chamada capacidade contributiva. Ou seja, a tributação não pode ocorrer antes que o processo de obtenção do rendimento tenha sido concluído, eliminando, assim, qualquer incerteza quanto à efetiva existência do ganho. Nessa linha, Bulhões Pedreira afirma que a regra geral é a realização do valor de um bem por meio da entrega de dinheiro, admitindo-se, contudo, a ocorrência de realização quando tiver ocorrido a entrega de ativos financeiros altamente líquidos, o que ele denomina "quase-moeda".

Na hipótese sub examine não se verifica a ocorrência de qualquer acréscimo patrimonial realizado. O que se tem é a substituição na declaração de bens da pessoa física de um imóvel por participações societárias de valor expressivo (todavia, de difícil alienação, por se tratar de sociedade limitada), mas que herdaram o custo de aquisição do bem dado em integralização, ainda que ele tenha sido registrado no patrimônio da pessoa jurídica por valor substancialmente maior. Não há, portanto, realização da renda por meio da entrega de dinheiro ou de "quase-moeda".

Assim, é imprópria a conclusão de que se a valorização do ativo foi aceita por um terceiro (a sociedade limitada) em uma operação de integralização de capital, então, há ganho (aquisição de um acréscimo patrimonial) apto a ser tributado, que decorre da diferença positiva entre o custo histórico do bem entregue (imóvel cujo custo de aquisição se aproxima de zero) e do bem recebido em troca (cotas da sociedade limitada avaliadas em elevado montante).

Referida conclusão, extraída da situação pelo Fisco, não escapa a um exame mais acurado acerca do fato gerador do imposto de renda. Como visto, não basta a existência de um acréscimo patrimonial adquirido, sendo imperiosa a realização que o torne disponível para o titular da renda. Quando ocorre a integralização aqui discutida, ambas as partes acreditam que os bens permutados tem o mesmo valor e cada uma delas acredita na ocorrência de ganhos futuros, fruto da possível e logicamente incerta viabilidade econômica do direito transacionado. Todavia, o ganho somente se considerará realizado quando o bem permutado (participações societárias) for alienado - e se nesta alienação for apurado ganho. Tributar o ganho potencial, não realizado, levaria ao absurdo de exigir que o contribuinte fosse obrigado a se desfazer de seu patrimônio para pagar o imposto.

...

O art. 23 da Lei n.º 9.249/1995 parece contrariar essa regra. Ao disciplinar as operações de integralização de capital, o dispositivo prevê a possibilidade de a pessoa tomar como referência o custo do bem conferido ao capital (valor constante na DIRPF) ou o valor de mercado. Na segunda hipótese, contudo, determina a tributação da diferença como ganho de capital. Veja-se:

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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei n.º 2.065, de 26 de outubro de 1983.

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

A interpretação desse artigo não pode ser realizada sem que a devida atenção seja dada ao Decreto-lei n.º 1.598/1977, que exige, em diversos dispositivos, a realização financeira para que o ganho de capital seja tributável. A exposição de motivos do Decreto-lei esclarece a questão, evidenciando a preocupação do legislador com a capacidade econômica do contribuinte de arcar com o ônus do tributo:

"O projeto adota a orientação geral de submeter os ganhos de capital ao imposto somente quando realizados, isto é, quando a pessoa jurídica tem condições financeiras de suportar o ônus tributário. (...)"

Logo, ausente a realização financeira, o ganho não pode ser tributado, ficando diferido para o momento em que o sujeito passivo demonstre efetiva capacidade econômica ou contributiva.

A única interpretação possível decorrente da opção prevista no citado art. 23 da Lei n.º 9.249/1995, para que seja legal a apuração de ganho de capital tributável, deve pressupor que o contribuinte reconheça o aumento do custo em sua declaração, substituindo o valor constante da declaração de bens pelo valor das cotas recebidas. Entendimento contrário levaria ao absurdo de impor o reconhecimento de um ganho até mesmo para a sociedade, que também teria a sua base equivalente a zero no momento da emissão de suas cotas em troca do bem em questão, o que importaria o reconhecimento de um ganho. Assim, quer-se demonstrar que mantido o custo de aquisição na declaração da pessoa física, incabível a apuração de ganho de capital, ainda que o ativo conferido ao capital tenha sido recebido na sociedade por valor superior ao custo da pessoa física.

A opção contida no art. 23 da Lei n.º 9.249/1995, então, somente pode gerar a incidência de ganho de capital se vier acompanhada de uma manifestação de vontade do contribuinte que atribua efeitos tributários ao ato societário de conferência do bem ao capital a valor de mercado. O efeito tributário sobre o ganho de capital pode ocorrer por meio da alteração do valor da alienação ou do valor de custo, já que o ganho é a diferença entre ambos. Mantida a premissa da alienação (integralização) a valor de mercado, o efeito tributário (de redução da base de cálculo) deve decorrer do aumento do custo, ou seja, do reconhecimento da diferença entre o valor de mercado e o valor declarado na DIRPF como custo de aquisição. Caso contrário - opção pela manutenção do custo histórico -, a integralização do bem a valor de mercado não deve gerar reflexos tributários.

Em outras palavras, para que a norma do citado art. 23 se aperfeiçoe e tenha os efeitos tributários que dela se espera, não basta a conferência de um bem ao capital de uma sociedade por valor superior ao constante da declaração de bens, sendo necessário que essa diferença seja adicionada ao custo histórico, que terá o efeito futuro de diminuir a base de incidência do ganho de capital no momento da realização. Caso contrário, a opção pela integralização a valor de mercado não gera reflexos tributários, justamente em razão da ausência de realização financeira, exigência Constitucional e que encontra respaldo no Decreto-lei n.º 1.598/1977.

Outrossim vale ainda lembrar que a legislação submete o imposto de renda das pessoas físicas ao regime de caixa, que se aproxima bastante da realização financeira referida na exposição de motivos do Decreto-lei n.º 1.598/1977. De fato, seria um contrassenso exigir a realização financeira para as pessoas jurídicas (que, em regra, tem o princípio da competência como referência para tributação da renda) e, ao mesmo tempo, tributar ganhos não realizados de pessoas físicas, cuja disciplina jurídica impõe a adoção do regime de caixa para fins de IRPF.

Portanto, não são tributados os ganhos de capital não transformados em dinheiro, ficando claro que é o regime de caixa o aplicável à tributação desses ganhos.

...

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

### **Conclusão:**

Diante do exposto, conheço do recurso para no mérito dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

### **Voto Vencedor**

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Redator Designado

Em que pese a logicidade do voto da relatora, peço licença para dele dissentir.

Sobre o tema, defenda a relatora a tese de que o fato gerador do IRPF somente seria apurado a partir do momento em que ocorresse a disponibilidade financeira do rendimento, sob pena de se tributar mera presunção de ganho, violando o princípio da capacidade contributiva.

Definitivamente não vejo dessa forma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(...)”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(...)” (grifei)*

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

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

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

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

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

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

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

**INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.**

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

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

[...]

Desse modo, para o acionista a incorporação de ações acarretaria tão-somente a substituição das ações de uma empresa por ações de outra empresa, inexistindo qualquer acréscimo patrimonial característico de uma alienação de bens, na medida em que há verdadeira sub-rogação, que não seria passível de tributação. Infere que, mediante a interpretação do art. 252 da Lei n.º 6.404/1976, o efeito da incorporação de ações é de mera sub-rogação real das ações da sociedade incorporada pelas ações da incorporadora.

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

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

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

As matérias em discussão têm sido objeto de muitas discussões nesta Câmara Superior de Recursos Fiscais e o entendimento que tem prevalecido é pela possibilidade de tributação do ganho de capital na incorporação de ações e de que isso não representa qualquer desobediência aos dispositivos legais que estabelecem a observância do regime de caixa em se tratando de tributação de pessoas físicas pelo IRPF. Nesse sentido, tem-se o Acórdão n.º 9202-005.534, de 27/06/2017, da lavra do Ilustre Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Vejamos o teor da ementa do citado julgado:

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

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

*INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.*

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

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

Assim, de plano cabe assentar que a operação ora tratada é a incorporação de ações, prevista no art. 252, da Lei n.º 6.404, de 1976, afastando-se desde já qualquer associação com a operação de incorporação de empresa, que não foi objeto do Auto de Infração. Com efeito, as peças processuais em momento algum apontam para qualquer associação ou eventual confusão envolvendo a operação autuada com a operação de incorporação de empresa.

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

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

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

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

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

*(...)”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)” (Grifou-se)

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

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

*Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à*

*deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.*

*§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento de capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230.*

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

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

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

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

Para tanto, é necessário que se abstraia a denominação “incorporação de ações”, constante do artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, cuja impropriedade foi inclusive remarcada pela doutrina, aqui representada por Fran Martins, cujo texto foi colacionado na peça de autuação:

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

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

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

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

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

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

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

[...] (Grifou-se)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

*ii) que se operacionaliza mediante:*

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

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

*iii) que apresenta os seguintes efeitos:*

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

(...)

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

(...)

*Com relação ao tratamento fiscal a que se submete o acionista pessoa física na incorporação de ações, uma evidência da compatibilidade entre a apuração de ganho de capital e o conceito de renda é oferecida pelo artigo 23 da Lei nº 9.249/1995, que, ao que nos consta, nunca teve sua legalidade ou inconstitucionalidade questionada, muito menos declarada:*

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

*Dessa feita, o artigo acima trazido à colação poderia ser aplicado aos casos de incorporação de ações. Mas, mesmo que se 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.”*

E ainda Fran Martins:

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

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

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

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

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

Quanto ao primeiro argumento, observa-se que a alegada passividade do sócio da empresa cujas ações são incorporadas é bastante discutível, já que, ao ingressar em uma sociedade empresarial, o sócio automaticamente está concordando com a sistemática de adoção de decisões majoritárias, o que obviamente implica na aceitação de que eventualmente possa se encontrar em situação minoritária. Ademais, para o sócio dissidente sempre existe o direito de retirada, garantido no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas.

(...)

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

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

(...)

*Mencione-se, ainda, que não há óbice à conclusão acima apresentada na alegação de que não seria cabível a apuração de ganho de capital na incorporação de ações em razão de a transferência das ações da sociedade ‘incorporada’ darse de maneira alheia*

*à vontade do acionista. Como já demonstrado, não concordamos com a afirmação de que faltaria vontade na operação. Na incorporação de ações, há alienação, o que é suficiente para o surgimento do ganho, independentemente da natureza do negócio.”*

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

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

No entender do Contribuinte, as características acima, já rechaçadas no presente voto, conduziram à identificação da operação de incorporação de ações com uma sub-rogação real derivada de lei, ou com uma simples permuta. Entretanto, tais associações não resistem a uma análise mais profunda. Quanto à identificação da incorporação de ações com uma sub-rogação real, esta não se sustenta, já que, conforme o próprio trecho colacionado pelo Contribuinte, excerto do voto condutor do acórdão recorrido, com tal sub-rogação “*opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído*”. Ora, de plano constata-se que a incorporação de ações não se amolda a tal definição, já que o dispositivo legal que a prevê em momento algum aponta para uma relação de substituição absoluta, muito menos para a manutenção da mesma natureza jurídica ou o mesmo regime jurídico do bem substituído. A título de exemplo, a própria classe das ações poderia ser diferente, após a incorporação. A impropriedade de tal comparação foi inclusive registrada por Luís Eduardo Schoueri, em obra já citada no presente voto (p. 52):

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

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

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

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

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

Pelo exposto, VOTO por NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti