



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**SEXTA CÂMARA**

**Processo nº** 16408.000121/2007-93  
**Recurso nº** 159.459 Voluntário  
**Matéria** IRPF - Ex(s): 2005  
**Acórdão nº** 106-17.105  
**Sessão de** 8 de outubro de 2008  
**Recorrente** RAFAEL GALVÃO DA SILVA  
**Recorrida** 4ª TURMA/DRJ em CURITIBA - PR

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

Ano-calendário: 2004

**IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES -  
INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.**

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RAFAEL GALVÃO DA SILVA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Sérgio Galvão Ferreira Garcia (suplente convocado) e Ana Maria Ribeiro dos Reis, que negaram provimento ao recurso.

  
ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS  
Presidente

  
GONÇALO BONET ALLAGE  
Relator

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2008

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Giovanni Christian Nunes Campos, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Sérgio Galvão Ferreira Garcia (suplente convocado) e Ana Paula Locoselli Erichsen (suplente convocada).

## Relatório

Em face de Rafael Galvão da Silva foi lavrado o auto de infração de fls. 426-430, para a exigência de imposto de renda pessoa física, exercício 2005, no valor de R\$ 478.641,33, acrescido de multa de ofício de 75% e de juros de mora calculados até 28/02/2007, totalizando um crédito tributário de R\$ 992.032,01.

O lançamento decorre da omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, sendo que a base de cálculo da exigência é de R\$ 3.190.942,21.

O trabalho desenvolvido pela autoridade lançadora encontra-se detalhado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 411-421, do qual trago à colação, para perfeita compreensão da matéria em litígio, as seguintes passagens:

*Segundo o art. 5º do Estatuto Social, fl. 45, o capital social é de R\$ 1.503.000,00, totalmente integralizado, representado por 1.503.000,00 ações ordinárias no valor nominal de R\$ 1,00. Composição acionária atual da Insol segundo o Livro de Registro de Ações Nominativas e Livro de Transferências de Ações, fls. 348 e 352:*

Acionistas	CNPJ	Ações	Capital	%
Nova GS Participações S.A.	06.329.316/0001-08	1.503.000	1.503.000,00	100,00%



*O controle acionário da Nova GS Participações S/A (Nova GS) é detida pelo contribuinte Sr. Rafael e sua mãe, sra. Neiry, conforme 1ª Alteração e Contrato Social Consolidado da investida, de 25/04/2005, fls. 282-283:*

<i>Acionistas</i>	<i>CPF</i>	<i>Ações</i>	<i>Capital</i>	<i>%</i>
<i>Neiry Galvão da Silva</i>	<i>749.028.819-34</i>	<i>1.465.560</i>	<i>1.465.560,00</i>	<i>92,00%</i>
<i>Rafael Galvão da Silva</i>	<i>046.417.349-33</i>	<i>127.440</i>	<i>127.440,00</i>	<i>8,00%</i>
<i>Soma</i>	<i>-</i>	<i>1.593.000</i>	<i>1.593.000,00</i>	<i>100,00%</i>

*A pessoa jurídica Nova GS tem por objeto social, segundo a Cláusula Segunda (fl. 283): "participação em outras sociedades empresariais, mediante a compra ou subscrição de ações ou quotas, bem como a administração de quaisquer bens, móveis e imóveis, próprios."*

*(...)*

*Na verificação fiscal, constatamos que a reorganização implementada pelos interessados teve por objetivo reduzir o pagamento do IR e da CSLL da pessoa jurídica Insol, pois a mesma teve sucessivos lucros ao longo dos anos de 2001 a 2004. A empresa iniciou as atividades no ano de 2001. O ganho de capital tributável foi decorrência da implementação da operação.*

*A operação foi implementada entre os anos-calendário 2004 e 2005, ou seja, durante a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002 (revogado pelo 133 da Lei nº 11.196/2005):*

*1. Até 28/12/2004, são os únicos sócios diretos da Insol, a sra. Neiry Galvão da Silva e seu filho Rafael Galvão da Silva, com 92% e 8% das participações, respectivamente; ao final da operação, passam a ser sócios indiretos (100%), por meio da Nova GS.*

*2. Em 02/07/2004, a natureza social da Insol foi alterada de sociedade empresária limitada (Ltda.) para companhia de capital fechado (S/A), pois somente nas sociedades anônimas ou companhias os ganhos pagos nas ações são tratados como ágio e, portanto, amortizáveis como despesas ou custos (detalhes no item 11):*

*(...)*

*3. A MSB Assessoria Comercial Ltda. altera a natureza social da sociedade empresária limitada para companhia de capital fechado em 15/09/2004 (tinha a sede em Curitiba – PR); e, em 29/12/2004, ingressam na MSB a sra. Neiry e o sr. Rafael, mediante a incorporação (transferência) de ações da Insol pelo valor de R\$ 45.000.000,00; na Insol, estavam contabilizadas por R\$ 5.113.222,38 (Patrimônio Líquido de 31/12/2004); portanto, houve ganho ou ágio de R\$ 39.886.777,62 (tributáveis, mas não tributados pelos sócios). O novo valor de R\$ 45.000.000,00 está devidamente lastreado em relatórios e laudos que atendem a legislação. Com a incorporação (transferência) dessas*

*ações, a Insol tornou-se subsidiária integral da MSB, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404/1976.*

*(...)*

*Documentos:*

*Contrato Social da MSB de 15/09/2004, Ata da Assembléia Geral de 29/12/2004, fls. 247-249, Protocolo de Incorporação e Justificação, fls. 250-255, Laudo elaborado pela consultoria ZHC Consultores S/C Ltda., fls. 258-271, Livros de Registro de Ações Nominativas e Transferência de Ações, fls. 349-350 e 354.*

*O referido Laudo justifica o novo valor de R\$ 45.000.000,00 tendo por fundamento a rentabilidade futura dos investimentos da Insol (fluxo de caixa descontado), fl. 266.*

*E, finalmente, nas operações de transferência (alienação), a Ata da Assembléia Geral de 29/12/2004, assinada pelos interessados, dentre essas pessoas está o fiscalizado e sua mãe Neiry, e os Livros de Registro de Ações Nominativas e Transferência de Ações, fls. 349-350 e 354.*

*Segundo os Livros e documentos mencionados, o Laudo e os demais demonstrativos foram devidamente aprovados pelos interessados e atribuiu-se valor nominal de R\$ 1,00 para cada uma das ações de emissão da MSB, num total de 45.000.000,00 ações subscritos e integralizados por R\$ 45.000.000,00.*

*4. Na integralização de capital mediante incorporação (transferência) de ações por valor superior ao escriturado (custo de aquisição ou valor patrimonial) pode haver diferimento na tributação somente se os investidores são pessoas jurídicas (art. 36 da Lei nº 10.637/2002):*

*(...)*

*As palavras-chave e os principais aspectos no texto da Lei transcrita foram destacadas por esta fiscalização para melhor detalhamento:*

*- Transferência ou alienação são gênero, do qual incorporação é uma das espécies.*

*- Valor de incorporação (transferência ou alienação) das ações da Insol ao capital social da MSB (subscrição e integralização): R\$ 45.000.000,00, representado por 45.000.000 de ações com valor nominal de R\$ 1,00, conforme Laudo já mencionado.*

*- Valor patrimonial das ações da Insol (Patrimônio Líquido desta): R\$ 5.113.222,38 (balanço de 31/12/2004).*

*- Diferença (ganho/perda): R\$ 39.886.777,62 (ágio/ganho), pagos à sra. Neiry e ao sr. Rafael mediante ações de emissão da MSB.*

*- Até aqui está em conformidade com o previsto na Lei.*

*- No entanto, o diferimento da tributação não é aplicável, pois os titulares (investidores) que fazem a transferência das ações da Insol*

*para a MSB são as pessoas físicas, a sra. Neiry e o sr. Rafael, ou seja, não são pessoas jurídicas.*

*- No caso concreto, não só falta previsão legal para diferimento do ganho (os investidores não são pessoas jurídicas) como há previsão expressa e literal de que tal ganho seja tributado, conforme a redação do artigo acima transcrito e o art. 132, § 2º, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (item 5 abaixo), que trata do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido pelas pessoas físicas.*

*(...)*

*Ressalte-se que a fiscalização, diante de todos os elementos verificados, está considerando válida toda a operação ocorrida e, portanto, ocorrido o fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital em dezembro de 2004.*

*Se a tese desta fiscalização, por qualquer que seja o motivo ou prova diversa (razão, argumentação ou qualquer outro elemento diverso apresentado após a lavratura do presente Auto de Infração), não venha a prosperar, poderá ser, conseqüentemente, indevida a amortização (despesa) do ágio (1/60) que a Insol está realizando mensalmente desde outubro de 2005, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. E caracterizaria, dessa forma, crime contra a ordem tributária (simulação).*

*7. Em 03/01/2005, os antigos sócios da MSB, os srs. Marcelo Brunetta e Telvino Brunetta, retiram-se da sociedade, sem qualquer participação sobre o ganho ou ágio (compare com o demonstrativo do item 3). Tais ações, no total de 3.000 com valor nominal de R\$ 1,00 por ação, são transferidas para a acionista majoritária, a sra. Neiry.*

*(...)*

*8. O ágio de R\$ 39.886.777,62 é baixado em janeiro de 2005 a título de provisão não dedutível (independentemente da baixa em janeiro de 2005, ocorreu o ganho de capital em dezembro de 2004, conforme Livros Diários, Razão, Ações e Transferências de Ações, Laudos, Relatórios, etc.).*

*(...)*

*9. Em 25/04/2005, os sócios Neiry e Rafael realizam nova incorporação de ações, desta vez na Nova GS S/A (de São Paulo – SP), mediante entrega das ações da MSB.*

*(...)*

*10. Em 08/08/2005, a Nova GS altera a natureza social para S/A.*

*(...)*

*11. Em 01/10/2005, a MSB (controladora) é incorporada pela Insol (subsidiária integral), tornando o ágio amortizável.*

*(...)*

*12. Controle da Insol antes da operação: controle direto pelos acionistas Neiry e Rafael.*

*(...)*

*13. Controle após a operação: controle indireto pelos acionistas Neiry e Rafael.*

*(...)*

*14. A Insol nunca saiu do controle acionário dos sócios ou acionistas Neiry e Rafael, desde o início ao fim da operação descrita nos itens 1 a 13 acima.*

*(...)*

*Ao apreciar os argumentos do contribuinte, de imediato contata-se que não foi mera substituição de ações da Insol por ações da MSB (1), e mantendo-se o custo das participações e a proporção de cada acionista (2). O contribuinte argumenta, ainda, que manteve os valores anteriores das ações (3), ou seja, não houve o reconhecimento do novo valor atribuído pelo Laudo da consultoria (4).*

*Para melhor apreciação da argumentação do interessado, vamos por partes:*

- (1) Trata-se a operação de incorporação ou transferência de ações de emissão da Insol utilizadas pelo interessado na integralização de ações na MSB.*
- (2) Está evidente que não foi mantido o valor de custo (capital de R\$ 1.503.000,00 ou patrimônio líquido de R\$ 5.113.222,38), pois, segundo os elementos que embasam o presente Termo, foi atribuído novo valor às ações de emissão da Insol: R\$ 45.000.000,00.*
- (3) O contribuinte não reconheceu em sua Declaração de Ajuste Anual de 2005, ano-calendário 2004, mas deveria ter reconhecido, conforme a legislação pertinente ao preenchimento da respectiva Declaração de Ajuste Anual.*
- (4) Ora, se atribuído novo valor às ações, conforme atos dos próprios acionistas, dentre os quais o fiscalizado é minoritário (8%), está evidente que devido é o reconhecimento de tal valor como ganho; além disso a investida Insol reconheceu tal ágio e está amortizando 1/60 do mesmo por mês e, conseqüentemente, reduzindo os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL (título IV. A Operação). O fato gerador do imposto de renda sobre o ganho de capital ocorreu em 12/2004, bem como a sua devida realização no mesmo período. A argumentação do interessado não tem sustentação em provas e na legislação aplicável, conforme exposto no presente.*

*Portanto, devido é o imposto de renda sobre o ganho de capital.*

Intimado da exigência fiscal, o contribuinte apresentou impugnação às fls. 439-450, onde alegou, fundamentalmente, que: *a) não há previsão de tributação de um ato que foi praticado pelas pessoas jurídicas, ao decidirem pela substituição das ações detidas pelas pessoas físicas, originariamente na Companhia Insol e que passaram a ser concentradas na Companhia MSB; b) manteve o custo das ações em sua declaração de ajuste anual; c) inexistiu ganho de capital tributável na hipótese dos autos, em que ocorreu a operação denominada “incorporação de ações”, com respaldo no artigo 252 e seguintes da Lei nº 6.404/76.*

Apreciando a controvérsia, os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR) consideraram procedente o lançamento, através do acórdão nº 06-14.012, que se encontra às fls. 460-465, cuja ementa é a seguinte:

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

*Data do fato gerador: 31/12/2004*

*GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO DEFINITIVA. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.*

*As operações que importem alienação a qualquer título de bens e direitos estão sujeitos a apuração do ganho de capital; as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado, no entanto, se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.*

*Lançamento Procedente.*

As autoridades julgadoras de primeira instância concluíram que a transferência das ações da Insol para a MSB se deu pelo valor de mercado de R\$ 45.000.000,00, motivo pelo qual a operação está sujeita à apuração do ganho de capital, nos termos do § 2º, do artigo 132, do RIR/99.

Suscitaram, para tanto, o contido nos itens 2.1 e 2.2 do Anexo I do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações para conversão de companhia em subsidiária integral (fls. 253 dos autos), onde está expresso que “*A incorporação de ações foi efetivada mediante a transferência para o Patrimônio da MSB de todas as ações detidas pelos acionistas da Insol, entregando-se novas ações da MSB*” e que “*As relações de substituição entre as ações da INSOL por ações de emissão da MSB foram baseadas na relação entre o valor patrimonial contábil do acervo líquido da MSB, que também representa o seu valor de mercado e o valor de avaliação de mercado do acervo líquido da INSOL na data-base de 01/12/2004*”.

Dessa forma, o crédito tributário restou mantido.

Intimado do acórdão proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR), o contribuinte, devidamente representado, interpôs recurso voluntário às fls. 469-492, onde alegou, em apertada síntese, que:

- a) O caso revela uma operação de incorporação de ações, que tem por fundamento legal o artigo 252 da Lei nº 6.404/76;



- b) Este dispositivo vem sendo muito utilizado em operações de reestruturação societária, com os mais variados objetivos, que devem ser discutidos no âmbito de Assembléias Gerais Extraordinárias;
- c) Nesse processo deliberado pelas pessoas jurídicas, a única prerrogativa legalmente reservada às pessoas físicas é o exercício de seu direito de voto e, se for o caso, de retirada, desde que estas (as pessoas físicas) manifestem dissidência em relação às decisões tomadas pelas pessoas jurídicas;
- d) A autoridade lançadora considerou válida toda a operação ocorrida;
- e) Em nenhum momento foi afastada a aplicação ao caso do artigo 252 da Lei n° 6.404/76, de modo que a pretensão de tributação é equivocada, pois a operação em causa não se sujeita à incidência do imposto de renda;
- f) A situação está fora do campo de incidência do imposto de renda, na medida em que não se configura, na espécie, qualquer forma de alienação, de transferência ou de subscrição das participações, que impusesse a necessidade das pessoas físicas reconhecerem um ganho de capital que não auferiram;
- g) Como os fatos ocorridos foram praticados pelas pessoas jurídicas, a obrigação da contribuinte foi apenas o de substituir a natureza das participações, mantendo em sua declaração de ajuste anual de 2004 o valor originário das ações, por não ter ocorrido alienação que gerasse ganho de capital;
- h) A “incorporação de ações” não se confunde com a “incorporação de empresas”, sendo que apenas esta pode estar sujeita à incidência tributária na pessoa jurídica incorporada;
- i) O reconhecimento do ganho de capital se dará apenas no momento em que a pessoa física alienar suas participações a terceiros, tudo em função do regime de caixa, que se aplica às pessoas física, por força do artigo 38, § único, do RIR/99;
- j) O contribuinte não possui disponibilidade de recursos para fazer frente à tributação em comento;
- k) Esta operação não se confunde com alienação a qualquer título, a qual pressupõe a transferência de domínio de uma pessoa para outra, o que não ocorreu no caso;
- l) As pessoas físicas continuam com as mesmas participações societárias que já detinham;
- m) A substituição de participações aqui analisada jamais poderia ser considerada como geradora de ganho de capital para os acionistas, em que pese a consideração de valores de mercado pelas pessoas jurídicas envolvidas na operação, vez que não ocorreu ingresso de renda ou acréscimo patrimonial. Houve apenas uma substituição de participações societárias, decorrente de um processo de reestruturação deliberado em AGE das pessoas jurídicas;
- n) É por essa razão que são inaplicáveis ao caso os artigos 117 e 132 do RIR/99, não tendo ocorrido alienação ou transferência.

O recorrente transcreveu ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados às teses defendidas.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O recurso voluntário preenche os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

A matéria que chega à apreciação deste Colegiado é nova e envolve a exigência de imposto de renda incidente sobre ganho de capital apurado em operação denominada “incorporação de ações”, a qual se encontra disciplinada pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76, da seguinte forma:

*Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.*

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

*§ 2º. A assembleia-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 assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.*

No caso, o contribuinte e sua mãe – Sra. Neiry Galvão da Silva – eram sócios da empresa Insol Intertrading do Brasil Indústria e Comércio Ltda., com participação no capital social da pessoa jurídica, que era de R\$ 1.500.000,00, dividido em 1.500.000,00 cotas de R\$

1,00 cada uma, de 8% e de 92%, respectivamente, ou seja, R\$ 120.000,00 (120.000 cotas) para aquele e R\$ 1.380.000,00 (1.380.000 cotas) para esta.

Em 02/07/2004 a empresa foi transformada de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em sociedade anônima, permanecendo inalterada a participação de cada acionista.

Em 15/09/2004, Marcelo Brunetta e Telvino Brunetta constituíram a empresa MSB Assessoria Empresarial Ltda., com capital social de R\$ 3.000,00, dividido em 3.000 quotas de R\$ 1,00 cada.

Na seqüência, em 29/12/2004, o recorrente e sua mãe ingressaram na MSB, mediante incorporação das ações da Insol pelo valor de R\$ 45.000.000,00. Nesta Assembléia Geral de Quotistas (fls. 235-248) foi aprovada pelos sócios das empresas a transformação do tipo jurídico da MSB, de sociedade por cotas de responsabilidade limitada para sociedade anônima, sob a denominação de MSB Assessoria Empresarial S.A. Também se aprovou o Laudo de Avaliação para Efeitos de Incorporação de Ações da Companhia Insol, elaborado por empresa especializada, que avaliou o acervo líquido da Insol, a valor de mercado levando-se em consideração a metodologia de rentabilidade futura, em R\$ 45.000.000,00, além do aumento do capital social para R\$ 45.003.000,00, mediante a emissão de 45.000.000,00 novas ações ordinárias e nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 cada ação, totalmente subscritas pelos acionistas da Insol, das quais 1.500 permaneceram com Marcelo Brunetta, 1.500 com Telvino Brunetta, 41.400.000 com Neiry Galvão da Silva e 3.600.000 com Rafael Galvão da Silva.

No curso do ano de 2005, ocorreram outras operações societárias.

Os Srs. Marcelo Brunetta e Telvino Brunetta transferiram suas 3.000 ações para a Sra. Neiry Galvão da Silva em 03/01/2005.

Em 25/04/2005, os sócios Neiry Galvão da Silva e Rafael Galvão da Silva realizaram nova incorporação de ações, desta vez na Nova GS Participações Ltda., mediante entrega das ações da MSB.

Em 08/08/2005 a Nova GS Participações foi transformada em sociedade por ações e, finalmente, em 01/10/2005 a Insol (subsidiária integral) incorporou a MSB (controladora).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, em janeiro de 2005 foi baixado o ágio de R\$ 39.886.777,62 a título de provisão não dedutível, o qual se tornou amortizável com a última operação societária realizada.

A autoridade lançadora considerou válida toda a operação ocorrida, inclusive a amortização do ágio, mas entendeu que a diferença encontrada entre o custo das ações e o valor pelo qual elas foram incorporadas ao capital social da MSB representa ganho de capital tributável nas pessoas físicas de Neiry Galvão da Silva e Rafael Galvão da Silva.

Estão citados como enquadramentos legais da infração, dentre tantos outros, o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, segundo os quais:

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

(...)

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

*Art. 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° 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei n° 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.*

Segundo a fiscalização e de acordo com o entendimento das autoridades julgadoras de primeira instância, a transferência das ações da Insol para a MSB, pelo valor de mercado de R\$ 45.000.000,00, está sujeita à apuração do ganho de capital, com fundamento nos dispositivos acima transcritos.

A defesa, por outro lado, sustentou que não houve transferência das participações a terceiros, tendo ocorrido apenas uma troca de posições, ou seja, o contribuinte que era acionista da Insol passou a ser da MSB, por idêntico valor, pois não houve circulação de numerário, sendo que os ganhos de capital das pessoas físicas somente são tributáveis pelo regime de caixa.

A incorporação de ações, da forma como ocorreu no caso em apreço, está sujeita à apuração de ganho de capital para fins de incidência do imposto sobre a renda?

Eis a questão que precisa ser respondida neste julgamento.

Salvo melhor juízo, a doutrina pouco se debruçou sobre o assunto, mas a obra *Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76*, coordenada por Rodrigo Monteiro de Castro e por Leandro Santos de Aragão, Editora Quartier Latin, 2007, p. 119-143, contém artigo de autoria de Alberto Xavier, chamado *Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário*, do qual trago à colação as seguintes passagens:



*Na verdade, incorporação de ações e incorporação de sociedades são fenômenos radicalmente distintos. As características essenciais da incorporação de sociedades consistem na transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, ocorrendo uma sucessão a título universal (art. 227, "caput"), bem como na extinção da sociedade incorporada, sem liquidação, a qual ocorre precisamente em decorrência da transmissão do seu patrimônio a título universal (art. 227, § 3º).*

(...)

*Na figura da incorporação de ações não ocorre nenhum dos traços essenciais da incorporação de sociedades.*

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

*Não ocorre também a extinção da sociedade cujas ações são objeto da "incorporação" a que se refere o art. 252, precisamente porque a operação tem o objetivo oposto de manter a respectiva personalidade jurídica, pressuposto lógico necessário da conversão da sociedade pré-existente em subsidiária integral da "companhia incorporadora" das ações.*

(...)

*Pode, pois, concluir-se não existir qualquer relação de identidade nem sequer de analogia entre a figura da incorporação de ações, regulada no art. 252, e a figura da incorporação de sociedades, regulada no art. 227.*

*Também são totalmente distintas a figura da incorporação de ações e a figura da subscrição de capital em bens, regulada nos artigos 7º a 10.*

(...)

*A figura da subscrição de capital em bens reveste, pois, a natureza jurídica de um contrato entre o acionista e a sociedade, pelo qual o acionista transfere a titularidade de um bem ou direito pré-existente no seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, a qual, afetando esse bem ao seu próprio capital social, emite ações que são atribuídas ao acionista em contrapartida dos bens ou direitos conferidos.*

(...)

*A conferência de bens para a subscrição de capital é um ato de alienação cuja especificidade radica no fato de a contraprestação correlativa à entrega pelo sócio dos bens conferidos para integralização do capital estar na entrega pela sociedade, não de dinheiro ou bens de pagamento (como sucede na compra e venda), nem de bens de primeiro grau (como sucede na permuta), mas de bens de segundo grau, que são as ações ou quotas representativas do status de sócio do subscritor.*

(...)

*Fácil se torna, pois, demonstrar que a figura da incorporação de ações regulada no art. 252 é radicalmente distinta da figura de subscrição de aumento de capital em bens.*

*Tenha-se presente que o objetivo essencial da figura da "incorporação de ações" consiste na "incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral" (art. 252 "caput").*

*Ora, se a incorporação de ações se fizesse pelo mecanismo da subscrição de capital em bens, isto é, pelo mecanismo de subscrição entre os sócios e a sociedade, o objetivo de constituição de subsidiária integral exigiria, necessariamente, a unanimidade dos sócios da sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, de tal modo que bastaria a discordância de um para que a operação se tornasse inviável.*

*Precisamente porque a lei pretendeu viabilizar a formação superveniente de subsidiária integral, prescindindo a regra da unanimidade, ela foi forçada a abandonar a construção jurídica da figura da incorporação de ações baseada numa pluralidade de contratos de subscrição em bens, para optar pela configuração jurídica da operação como um contrato não já entre sócio e sociedade, mas entre duas sociedades, a companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e a companhia incorporadora.*

*Este contrato resulta da convergência da vontade das duas companhias, expressa nas deliberações das respectivas assembleias gerais, a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 252.*

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

(...)

*Se bem se reparar, em parte alguma o art. 252 atribui relevância à manifestação de vontade do sócio na sua qualidade de subscritor, como sucederia se se tratasse de subscrição de capital em bens, atuando apenas o sócio nas vestes de membro de um órgão da companhia – a assembleia geral – na qual pode exprimir o seu direito de voto.*

*O objeto do contrato de incorporação de ações é precisamente a totalidade das ações do capital social de uma companhia que será objeto de ato de subscrição a ser praticado pela própria companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e de ato de aumento de capital na companhia incorporadora das ações.*



*É precisamente da fusão destes atos unilaterais praticados ao nível corporativo de cada uma das sociedades que resulta o contrato de incorporação de ações.*

(...)

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

*Trata-se de fenómeno meramente substitutivo, que não decorre de uma transmissão, seja ope voluntaris, seja ope legis.*

*O único fenómeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, "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 lhe couberem."*

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

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

(...)

*No que concerne às pessoas físicas, trata-se de saber se, caso o aumento de capital da companhia incorporadora de ações se tenha baseado em laudo de avaliação que fixe o valor das ações a preço de mercado, superior ao valor pelo qual tais ações constam da declaração de bens dos sócios, será a diferença a maior tributável como ganho de capital, nos termos do art. 23 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995.*

(...)

*Em face das considerações pendentes, relativas à natureza jurídica da figura de incorporação de ações e à nitida distinção relativamente à figura de subscrição de aumento de capital em bens, fácil se torna concluir que o art. 23 acima citado é exclusivamente aplicável a esta última figura, como aliás resulta do seu próprio caput, que se refere a uma transferência "a título de integralização de capital".*

*Ora, como atrás já largamente se demonstrou, enquanto na subscrição de bens para aumento de capital a operação é realizada entre o sócio e a sociedade, na figura da incorporação de ações a operação é realizada entre suas sociedades, a sociedade incorporadora das ações e a sociedade cujas ações deverão ser incorporadas, sendo que o aumento de capital será subscrito por esta última.*

*Conseqüentemente, na figura da incorporação de ações o acionista não transfere bens ou direitos de qualquer natureza, limitando-se, de modo estático e passivo (como numa "quase desapropriação"), a ter no seu patrimônio substituídas as ações que previamente detinha pelas novas ações emitidas pela companhia incorporadora, ocorrendo um fenômeno de sub-rogação real.*

*Não sendo aplicável à hipótese de incorporação de ações o art. 23 da Lei nº 9.249/95, os sócios pessoas físicas poderão manter o mesmo valor das ações da companhia incorporada, constante das declarações anteriores, limitando-se a informar que esse mesmo valor se refere às ações da companhia incorporadora que as substituíram.*

*A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá em caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho computado pela diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens.*

*Tenha-se finalmente presente que esta é a solução que melhor se adequa ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), pois só neste momento ocorrerá realização efetiva de um ganho, até então meramente potencial, pois precisamente neste momento é que ocorrerá a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda.*

*(Destaques no original)*

Não obstante a extensão da transcrição, penso que tais colocações serão extremamente úteis para o deslinde desta controvérsia.

Na Ata de Assembléia Geral de Quotistas para Transformação da MSB Assessoria Empresarial Ltda. em Sociedade Anônima e Incorporação de Ações (fls. 235-239), especificamente no item v (fls. 237-238), está expresso que fica:

*(v) Aprovado o aumento do capital social da Companhia MSB, em função da incorporação das ações da Companhia INSOL, o qual terá seu valor aumentado em R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), mediante a emissão de 45.000.000 (quarenta e cinco milhões) de novas ações ordinárias e nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 (hum real) cada ação, totalmente subscritas pelos acionistas da INSOL, na proporção da participação detida por cada um naquela sociedade, mediante conferência ao seu capital social, a título de propriedade, das ações da INSOL. O preço de cada ação é de R\$ 1,00 (hum real), na forma do artigo 170, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404/76. A totalidade das 1.500.000 (hum milhão e quinhentas mil) ações, de emissão da INSOL, serão substituídas pelas 45.000.000 (quarenta e cinco milhões) de novas ações ordinárias e nominativas, com valor nominal de R\$ 1,00 (hum real) cada ação, neste ato emitidas pela MSB,*

tendo em vista que as relações de substituição das ações da INSOL por ações de emissão da MSB serão baseadas na relação entre valor patrimonial do acervo líquido da MSB, tendo a data-base de 01/12/2004, as ações emitidas a tais títulos terão o mesmo direito assegurado às ações ordinárias da MSB, atualmente existentes. A substituição das ações e subscrição pelos acionistas deu-se como segue: Acionista/Quantidade de Ações: Neiry Galvão da Silva, 41.400.000 ações; e, Rafael Galvão da Silva, 3.600.000 ações.

(Grifei)

Em razão de tal operação societária, parece-me inquestionável que ocorreu a seguinte situação:

a) A Sra. Neiry Galvão da Silva, que tinha 1.380.000 ações da INSOL (92%), a R\$ 1,00 cada ação, cujo capital social era de R\$ 1.500.000,00, ou seja, participação de R\$ 1.380.000,00, passou a ter 41.400.000 ações da MSB (92%), a R\$ 1,00 cada ação, representando R\$ 41.400.000,00 do capital social aumentado em R\$ 45.000.000,00 e totalmente subscrito; e

b) O Sr. Rafael Galvão da Silva, que tinha 120.000 ações da INSOL (8%), a R\$ 1,00 cada ação, cujo capital social era de R\$ 1.500.000,00, ou seja, participação de R\$ 120.000,00, passou a ter 3.600.000 ações da MSB (8%), a R\$ 1,00 cada ação, representando R\$ 3.600.000,00 do capital social aumentado em R\$ 45.000.000,00 e totalmente subscrito.

Isso caracteriza alienação, com ganho de capital, da forma prevista no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e no artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95?

De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, *Alienar* significa “Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear;”.

Embora, em um primeiro momento, este julgador estivesse inclinado a concluir que a exigência fiscal é procedente, quer-me parecer que o caso em apreço não se enquadra nas previsões do artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e do artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, de modo que a decisão de primeira instância merece ser reformada.

Sob minha ótica, “incorporação de ações” não se confunde com “incorporação de sociedades” nem tampouco com “subscrição de capital em bens” e, portanto, inexistente fundamento legal que dê sustentação ao lançamento.

Passo a explicar, brevemente, este ponto-de-vista.

Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela.

Já pela figura da incorporação de ações, transmite-se a totalidade das ações (e não do patrimônio), sendo que a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem, obviamente, ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações.

Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação.

pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

Por sua vez, a subscrição de capital em bens é ato de alienação praticado entre o sócio e a empresa, por intermédio do qual um bem que fazia parte do patrimônio do acionista passa a fazer parte do patrimônio da pessoa jurídica. Em contrapartida, ele recebe ações da do capital da empresa.

O artigo 23 da Lei n° 9.249/95 trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens.

Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária, entendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3º, § 3º, da Lei n° 7.713/88.

Não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5º, inciso II, com o artigo 37 e com o artigo 150, inciso I, todos da Constituição Federal, ao que se soma o artigo 97, incisos I e III, e § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN, somente a lei pode instituir ou majorar tributos, bem como definir o fato gerador da obrigação tributária.

É exclusividade de lei determinar a hipótese de incidência tributária e seus elementos quantitativos – base de cálculo e alíquota.

Apenas a lei pode fixar as situações que, ocorridas no mundo fático, geram a obrigação de pagar tributo e o *quantum debeatur*.

Nesse sentido, cumpre destacar as seguintes lições de Roque Antonio Carrazza:

*Portanto, o princípio da legalidade, no Direito Tributário, não exige, apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência de lei). Mais do que isto, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por uma lei. É o que se convencionou chamar reserva absoluta de lei formal (Alberto Xavier) ou de estrita legalidade (Geraldo Ataliba).*

*Também a conduta da Fazenda Pública, ao cobrar um tributo (atividade tipicamente administrativa), deve vir disciplinada numa lei ordinária, que minudencie os casos e o modo como deve ser aplicada.*

*Como se viu, todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são 'elementos essenciais' do tributo os que, de algum modo, influem no an e no quantum da obrigação tributária.*

*(Curso de Direito Constitucional Tributário, 12. ed., Malheiros: 1999, p. 178-179)*

Salvo engano, a figura da incorporação de ações está contemplada com benefício semelhante, embora não expresso, àquele previsto no artigo 121, inciso II, do RIR/99, segundo o qual não se sujeita à apuração de ganho de capital tributável a permuta de unidades imobiliárias sem recebimento de torna.

Sob minha ótica, também justifica o provimento do recurso voluntário o § único, do artigo 38, do RIR/99, que assim determina:

*Art. 38. 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.*

*Parágrafo único. Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado como tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor do beneficiário.*

*(Grifei)*

Tal regra estabelece o regime de caixa para as pessoas físicas e, inquestionavelmente, o sujeito passivo não recebeu nenhum numerário com a incorporação das ações da Insol ao capital social da MSB.

Haverá ganho de capital, sim, quando o contribuinte alienar, por valor superior ao custo de aquisição, a participação societária recebida em razão da incorporação de ações ora apreciada.

Com tais considerações, entendo que a decisão de primeira instância merece ser reformada.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 8 de outubro de 2008.

  
Gonçalo Bonet Allage